NULIDADES PROCESALES

POR

MANUEL URRUTIA SALAS

(Conclusión)

TERCERA PARTE

LA NULIDAD PROCESAL

SUMARIO: Capítulo XI. *Teoría de las nulidades.* No rigen las nulidades del Derecho Civil en Derecho Procesal. Principios aplicables a las nulidades de procedimiento.—Capítulo XII. *Nulidad e inexistencia.* Diferencias entre inexistencia y nulidad.—Capítulo XIII. *Nulidad y anulabilidad.*—Capítulo XIV. *Diversos sistemas de nulidad.* a) Sistema romano; b) Sistema francés e italiano; c) Sistema alemán; d) Sistema judisprudencial.—Capítulo XV. *Diversas categorías de nulidades.* a) Nulidades sustanciales y accesorias; b) Nulidades de orden público y de orden privado; c) Nulidades absolutas y relativas.—Capítulo XVI. *Efectos de las nulidades.* Nulidad total y parcial. Atenuación del principio «quod nullum est nullum producit effectum». Efectos independientes de los que se proponía el acto. Renovación del acto nulo. Puede siempre renovarse? Código Italiano. Código Venezolano. Nulidad del acto de citación. Puede la citación nula interrumpir la prescripción? Condenación en costas, multas y perjuicios. Puede importar un delito. Efectos de la nulidad sobre los demás actos del procedimiento. Actos antecedentes, consecuentes e independientes.—Capítulo XVII. *Manera de hacer valer las nulidades en las legislaciones extranjeras.* Incidente de nulidad. Excepción de nulidad. Recurso de oposición. Excepciones dilatorias. Recurso de nulidad. Recurso de inscontitucionalidad.

CAPITULO XI

Teoría de las nulidades procesales

LAS formas procesales regulan la acción del juez y de las partes en el proceso a la vez que constituyen la mejor garantía de equidad y de justicia. Es por esto que los legisladores han sido siempre partidarios de las formas, miradas con mayor o menor amplitud de criterio. No obstante, muchos han sido los impugnadores que las atacan por dificultar la actividad de los litigantes; pero, de todos modos, hay que reconocer con Montesquieu que «las formas son muchas si se consulta a quienes perjudican y siempre pocas si se interroga a quienes benefician» (1)

Las formas señalan las condiciones exigidas por el legislador para que pueda ejecutarse válidamente un acto determinado; se comprende entonces su importancia si recordamos que el procedimiento se desenvuelve en una serie de actos, todos ellos sujetos a condiciones precisas. Pues bien; puede ocurrir—y es muy frecuente—que no se cumplan dichas condiciones y, en tal caso, las consecuencia del acto son diferentes. Con este motivo el legislador ha creado una serie de sanciones, como las penas pecuniarias, la condenación en costas, la caducidad del derecho y la nulidad del acto. Nos interesa especialmente esta última y a ella nos concretaremos.

---

(1) Montesquieu. L'espirit de lois, cita de Seligman, ob. cit., p. 12.

Las nulidades jurídicas son tan antiguas como el derecho mismo y han adquirido un desarrollo especial en materia civil; esto no obsta, sin embargo, para que en materia procesal tengan una importancia teórica y práctica que no se puede desconocer.

En muchos casos, los modos de proceder ante los tribunales de justicia no tendrían eficacia alguna sin esta sanción, y es por eso que ella es el remedio natural que debe aplicarse a las omisiones de las formas procesales.

La omisión de las formalidades ha debido pasar por hondos períodos de transformación. En el derecho antiguo, los ritos constituían la esencia del acto, sin que se pudiera cambiar la más insignificante sílaba o palabra si se quería obtener éxito en la gestión. La jurisprudencia romana resolvió que una acción en que se cobraba perjuicios por destrozos de una viña, era ineficaz, si en vez de emplear la palabra «árbos»—que contenía la ley de las XII tablas—se usaba la expresión «viñas» (1). Este riguroso principio antiguo se condensó en la fórmula latina «quidquid fit contra legem nullum est», según la cual, para que un acto produzca sus efectos deben cumplirse necesariamente todas sus formalidades.

El desarrollo del Derecho derrumbó este sistema y el propio legislador romano consideró la estrechez del principio. Fué así como Ulpiano introdujo excepciones a esta regla, dictando al efecto las llamadas Leyes Imperfectas, que declaraban

(1) Valentín Letelier, ob. cit., pág. 570. Gayo Instituta, pág. 259, N.º 11, tít. 2.º.

válidos ciertos actos prohibidos por la ley cuando ya se habían ejecutado. Estas leyes forman el antecedente de ese principio que «hay en derecho cosas que están prohibidas y que sin embargo son válidas cuando se han ejecutado». Multa prohibentur in juri fini qua tamen facta tenent. (1)

No obstante el cambio introducido por las Leyes Imperfectas, el rigorismo del sistema se conservó a través del Derecho Romano y Justiniano lo mantuvo en su Codex para las leyes prohibitivas, (2) teoría que pasó al derecho moderno y que fué consagrada por Dumolin en la máxima «la negación antepuesta al verbo «puede» quita todo poder de hecho y de derecho al acto y de ella se deduce que éste, por precisa necesidad, es imposible». (3)

El sabio francés reconoció más tarde que su teoría era exagerada y que en multitud de casos había que aceptar la validez de los actos prohibidos por la ley cuando ya se habían ejecutado, para lo cual había que atender a las circunstancias especiales de cada caso particular. Las excepciones se hicieron tan frecuentes que pasaron a constituir la regla general. Posteriormente, esta doctrina sirvió de base para que se formularan los modernos principios que reglan las nulidades procesales.

Varios sistemas se han creado para resolver esta materia y, en un comienzo, se le dió gran importancia a aquel que consideraba que sólo debía admitirse la declaración de nulidad cuando había mala

(1) Borjas, ob. cit., t. 3.º, pág. 251.

(2) Codex L. 5 De Legibus et Constitutionibus (cita de Borjas).

(3) Cita de Boitar, tomo 2.º; pág. 636, N.º 1214.

fe de parte de quien ejecuta el acto. Pero, la consideración de la mala fe no se encuentra siempre palpable en el proceso y de aquí que se originaran dificultades que trajeron como consecuencia la división de esta doctrina en dos ramas: una que consideraba la mala fe como presunción legal,—teoría que fué defendida por Bordeaux,—y otra que exigía la prueba de la mala fe. (1)

Se abandonaron en seguida estos principios y los jurisconsultos franceses levantaron como la mejor garantía de los procedimientos judiciales, la doctrina del imperialismo de la ley, en virtud de la cual, no podría declararse otras nulidades que las expresamente señaladas por el legislador. La ley ha hablado—decía D'Aguesseau—y sólo nos resta acatarla. (2)

El Código Gregoriano adoptó un principio más amplio que éste y dispuso que «cualquiera contravención de las leyes de procedimiento induce a la nulidad del acto». (3)

Un nuevo sistema fué defendido por Romagnosi y de él tomó el legislador italiano la disposición del artículo 56. Esta nueva doctrina hizo diferencias entre las condiciones esenciales de los actos y las condiciones accesorias. (4) La jurisprudencia francesa ya

---

(1) Bordeaux citado por Borjas, ob. cit., pág. cit. Mattirolo Diritto Gudiziaris Civile Italiano, Edic. 1902, t. 2.º, pág. 179, N.º 175.

(2) D'Aguesseau cit. por Boncenne. Procedure Civile, t. 3.º, pág. 266.

(3) Chiovenda, ob. cit., t. 2.º, pág. 112.

(4) Mattirolo, ob. cit. anterior; Borjas, pág. y ob. cit., Chiovenda, pág. y ob. cit.

había adoptado el sistema, completando así los vacíos que dejara el Código que no se refería a las condiciones esenciales. Posteriormente ha sido materia de ley.

La doctrina fué estudiada con entusiasmo y se llegó a dividir en dos categorías: una que se llamó nulidades sustanciales de derecho natural y otra, nulidades sustanciales de derecho positivo. Pero ambas sentaban el principio de que la falta de un elemento esencial anula el acto aunque la ley no disponga esta sanción.

El desarrollo del derecho y las miras de buscar una forma de utilidad práctica dieron nacimiento a dos nuevos sistemas, el alemán que es totalmente opuesto al francés y que defiende el principio de que el juez debe declarar las nulidades según su criterio, en cada caso particular, (1) y el sistema jurisprudencial, creado por las Cortes francesas, y que pretende la declaración de nulidades sólo cuando ésta ocasionaba un perjuicio a la parte que deduce el recurso.

Estudiaremos más adelante los principales sistemas.

No rigen las nulidades del Derecho Civil en Derecho Procesal

La no aplicación de los principios del Derecho Civil, en materia de nulidades, a los actos de procedimiento, hizo creer a algunos que estos no eran actos jurídicos; pero no es necesario descalificar tales actos para concluir que el Derecho Civil no

(1) Lascano, ob. cit., pág. 35 y sigts.

los rige. Los actos de procedimientos son actos jurídicos, porque esta acepción es amplia y comprende tanto a los actos de derecho privado como a los actos de derecho público, tanto a los judiciales como a los extrajudiciales. Además, como todo acto jurídico, originan éstos una relación de derecho y son susceptibles de apreciar lo justo y lo injusto. Tal criterio parece ser—como lo sostiene el doctor Lascano—el concepto de León Duguit al decir que «Si el acto de un agente público produce un efecto, es tan sólo porque es un acto jurídico»... (1)

Una prueba más de que los actos procesales son actos jurídicos es que, para no confundirlos, la terminología legal, ha encontrado para los actos del Derecho Civil una expresión propia y exclusiva: *negotium juris.*

La razón de que a estos actos los rijan otros principios es muy diversa; en el mensaje de nuestro Código Civil se hace notar cuando dice que la nulidad de que habla el Código se refiere a los contratos y «demás actos voluntarios que constituyen derechos».

Baste tener presente que los actos procesales no emanan de la voluntad de las partes, como en los contratos, puesto que actor y reo no pueden ejecutar otros que los que autorice la ley, para convencerse de que el Derecho Civil no los puede regir, Así lo han entendido los autores modernos y la jurisprudencia nuestra que cambió la doctrina antigua para acoger la que venimos defendiendo y que De la Colina expone al decir: «Pero se contes-

(1) León Duguit. La Transformación del Estado, edic. esp. pág. 254, cit. de Lascano, pág. 26.

tó victoriosamente que ese precepto relativo a los actos jurídicos no podía aplicarse a los actos judiciales que por su esencia son de índole diversa. Los primeros, en efecto, son actos voluntarios lícitos que tienen por objeto crear, modificar, transferir, consumar o aniquilar un derecho y que sólo las personas pueden ejecutar. Los segundos por el contrario, no emanan de la voluntad de las partes sino de la jurisdicción de los magistrados y no crean, modifican, transfieren, consuman o aniquilan derechos». (1)

He aquí pues, la diferencia sustancial entre actos procesales y actos civiles; los primeros no son actos que dependan de la voluntad de las partes sino que emanan de la voluntad de la ley, que ha dado normas para regir la actividad de los sujetos de la relación procesal. La diversidad de principios que rigen a estas nulidades trae también como consecuencias, efectos diferentes. Por eso es que en materia civil, la nulidad no produce ningún efecto y las partes vuelven a la situación jurídica anterior a la del acto nulo; en cambio, en materia procesal, siempre las nulidades producen un efecto por lo menos procesal, que significa un desarrollo de la potestad de jurisdicción de los jueces. En efecto, en presencia de un acto nulo el juez puede adoptar alguno de estos dos temperamentos: o declara la nulidad y en tal caso el efecto de ésta se traduce en la resolución judicial que la constata, o se desentiende de tal condición y provee como si el acto fuera válido. Cuando se trata de una nulidad que

(1) De la Colina. Derecho y Legislación Procesal, t. 1.º pág. 420.

sólo puede ser declarada a petición de parte hará esto último, pero si ella está regida por una ley de orden público, la declarará de oficio.

Esta condición de las nulidades procesales hace distinguir el juicio nulo del juicio inexistente. En el primero se produce siempre una relación procesal, en cuanto el juez está obligado a proveer la demanda, y las partes pueden ser compelidas a cumplir los mandatos judiciales mientras no se declare la nulidad. Es fácil darse cuenta de esta situación en el caso del proceso nulo por falta de emplazamiento. Efectuado el reclamo de la parte agraviada y desestimado por los tribunales respectivos, no le queda a ésta otro recurso que la casación de la sentencia; pero mientras tanto debe cumplir con los mandatos que le impongan las resoluciones del juez. De esta manera, aunque se está convencido de que el procedimiento es nulo, se sigue actuando en él hasta cuando la nulidad no sea declarada. El principio de que lo nulo no produce ningún efecto tiene pues, en materia procesal, algunas limitaciones.

En el segundo caso, o sea en el de la inexistencia, la situación es diferente. Hemos dicho que para que exista juicio es necesario que haya un órgano jurisdiccional ante quien se deduzca la acción y partes interesadas que sostengan sus derechos. Pues bien, si una persona demanda a nombre de otra sin tener esta representación, o se notifica la demanda a una que no es el demandado, no existe el juicio para los supuestos representados, y éstos no necesitan alegar la nulidad dentro del procedimiento en que no han intervenido. En consecuencia, la cosa juzgada no se

produce respecto de ellos. Igualmente es acaso de inexistencia y no de nulidad cuando se trata de un juicio seguido ante un particular cualquiera no no investido de jurisdicción alguna, o ante un funcionario administrativo, y hay quienes sostienen que es de esta categoría la incompetencia «*ratione meterie*» (1) pero generalmente se la considera como causal de nulidad y no de inexistencia. (2)

Principios generales aplicables a las nulidades procesales

Las nulidades procesales pueden condensarse en algunos principios generales, como son: 1.° *Las nulidades procesales, jurídicamente no son penas,* sino la consecuencia lógica del incumplimiento de las formas prescritas por la ley. (3) Pueden en algunos casos importar una penalidad para el que se beneficia con el acto nulo, en cuanto la ley le impide aprovecharse de ese acto vicioso. (4)

2.° Pueden también importar un «*remedium juris*» en cuanto la declaratoria de la nulidad mejora la situación del perjudicado con el acto.

3.° La falta de un elemento esencial del acto da lugar a una nulidad relativa, es decir, sólo oponible por el perjudicado.

4.° Las nulidades de orden público pueden ser opuestas por ambas partes.

5.° No se puede oponer la nulidad cuando se ha

(1) Lascano, ob. cit., pág. 57.
(2) Mattirolo, Instituciones de D. Proc., t. 2.°, N.° 170.
(3) Solón, ob. cit., pág. 133, t. 2.°
(4) Chiovenda, ob. cit., pág. 114, t. 2.°.

renunciado expresa o tácitamente a ella, salvo el caso de que se trate de una nulidad de orden público.

6.º Se presume la renuncia cuando se ejecuta el acto nulo sin alegar la nulidad (art. 58 del Código de Procedimiento, 190 y 191. C. Italiano). (1)

7.º La nulidad sólo produce efectos sobre los actos nulos y los que de él dependan.

8.º Por excepción produce efectos sobre los actos anteriores, cuando éstos necesitan la ejecución del acto posterior para su validez. Por ejemplo según el Decreto-ley 363 art. 34 N.º 5, el recurso de apelación que se deduce en contra de una resolución incidental debe reiterarse en la apelación de la sentencia. Pues bien, si no se cumple con este requisito la apelación deducida no tiene valor.

9.º La nulidad de un acto de procedimiento o de un procedimiento entero no autoriza a que se le pague a la otra parte los perjuicios ocasionados por el acto nulo. Es lógico que se condene en las costas, pero no en los perjuicios. (2) Se comprende fácilmente esta regla si recordamos que la nulidad más que una pena es «la consecuencia lógica del incumplimiento de las formalidades establecidas por la ley».

10.º Por último, como las nulidades siempre son odiosas y ocasionan gastos y demoras que perjudican a las partes y a la buena administración de justicia, deben adoptarse en su declaración, dos normas generales:

---

(1) Mattirolo. Diritto Gudizziario Civile, t. 2.º, pág. 212, N.º 217 y sgts.

(2) Solón, ob. cit., t. 2.º, pág. 133.

a) Restringirlas en lo posible al acto irregular sin que se produzcan sobre otros actos a menos de disposición contraria del legislador, o cuando se ha faltado a una circunstancia esencial para la validez del acto y de los que de él dependan; y

b) Preferir la aplicación estricta del sistema adoptado por el legislador antes que, con el fin de evitar el formulismo, se motiven interpretaciones subjetivas y empíricas que abran el camino a las pasiones y a la arbitrariedad judicial. (1)

Estos principios los iremos conociendo a medida que estudiemos los diversos sistemas de nulidades.

CAPITULO XII

Nulidad e inexistencia procesal

Si la doctrina de la nulidad y de la inexistencia jurídica tiene en Derecho Civil una importancia grande, en materia procesal es de un interés práctico y teórico que no se puede desconocer. No opinan de esta manera, sin embargo, todos los tratadistas de esta ciencia, y especialmente los franceses creen que no es de utilidad. (2) Ellos piensan que dictada la sentencia, si no se hacen valer en su contra los recursos legales, aunque se hayan cometido todas las infracciones posibles, la sentencia produce cosa juzgada.

Estamos de acuerdo en que no se necesita que la sentencia sea válida en la forma y que su contenido esté conforme a la ley. La parte que quiere hacer

(1) Chiovenda, p. 114, t. 2.º.

(2) Glasson, ob. cit., t. 2.º, p. 344, N.º 441.

pronunciar la nulidad de una resolución dictada en su contra—dice Lacoste—está obligada a usar los recursos ordinarios y extraordinarios establecidos contra las sentencias (oposición, apelación, etc.); no podría ni hacer pronunciar la nulidad por vía de acción principal, ni oponerla bajo forma de excepción; la decisión nula tiene provisoriamente la misma fuerza que una decisión válida, y, si se ha dejado pasar los plazos para interponer los recursos, aquélla es de todo punto inatacable. (1)

No se hace en Derecho Moderno la diferencia que existía en la legislación romana entre sentencias mal fundadas y sentencias que violaban formalmente la ley, de las cuales estas últimas no producían la cosa juzgada.

Pensamos también que la incompetencia absoluta es una causal de nulidad absoluta y que no deducido recurso alguno en contra del fallo, no cabría más tarde una acción de nulidad (2). Así lo han entendido la jurisprudencia francesa y la de nuestros tribunales. (3)

Pero estas consideraciones no pueden llevarnos a la conclusión de que la inexistencia no sea susceptible de ser considerada en el Derecho Procesal. Lacoste, el gran defensor de la cosa juzgada, lo reconoce así y cita el ejemplo de una sentencia dic-

(1) Lacoste. La Chose Jugée, p. 51, N.º 241.

(2) Mattirolo. Instituciones de Der. P. C., p. 186, N.º 142, Lacoste, p. 53, N.º 128, cita la sent. de Casación de 14 de Julio de 1845. Escriche. Dic. razonado de la leg. y Jurisp. t. 4.º p. 999 (Sentencia Nula).

(3) Véase, Laso, Cód. de Proc., p. 776.

tada en tanto que se había concedido una apelación en ambos efectos. La sentencia dictada a pesar de la apelación—dice—no nos parece en efecto simplemente afectada de una nulidad ordinaria, como lo sería aún una sentencia dictada por un tribunal incompetente, contra estas sentencias los recursos bastan... «Pero aquí la primera sentencia habiendo sido recurrida de apelación, el tribunal estaba completamente desligado: el apelante no tenía por qué preocuparse de lo que se hiciera en ejecución de esta primera sentencia; él no tenía para qué ejercer los recursos contra las sentencias que se dictaran en ejecución de la primera: a sus ojos todo acto o sentencia posterior a su apelación no existía. Decidir de otro modo sería a nuestros ojos, quitar todo poder al art. 457 del Cód. de Proc. Cita en apoyo de su doctrina la sentencia de Casación de 20 de Abril de 1910; Sent. Cas. 6 de Agosto de 1906 y 12 de Junio de 1909 y las conclusiones del Procurador General de la República, Baudin, que se expresa de la siguiente manera: «sanción de esta prescripción (art. 457) es la nulidad de todos los actos de ejecución posteriores; *nulidad radical y absoluta*». (1)

Mattirolo se expresa de igual manera y establece una precisa diferencia entre la incompetencia absoluta y la inexistencia. Dice al respecto, «Pero adviértase que la anulación por vicio de incompetencia se debe hacer valer por los interesados por los medios que la ley concede, según los casos; y si no se pide en los términos y formas legales, la sen-

(1) Lacoste, ob. cit., p. 54 y 55, n. 129 bis.

tencia no se podrá impugnar; por el contrario, *si se trata de falta absoluta de jurisdicción, no se está en el caso de nulidad, sino de inexistencia del fallo,* porque faltando la jurisdicción, no hay autoridad para juzgar, no hay sentencia: ni la voluntad de las partes ni el lapso de tiempo pueden dar vida a lo que jurídicamente no existe». (1)

Chiovenda, por su parte, le dedica un capítulo especial y establece diferencias precisas entre una y otra situación jurídica. (2)

Aubry y Rau refiriéndose a la misma cuestión, dice, «es necesario no confundir los actos nulos con los actos inexistentes o no sucedidos. El acto que no reune los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su objeto y en ausencia de los que es lógicamente imposible concebir su existencia, deben ser considerados no solamente nulos, sino como no sucedidos. (3)

De la Colina cita como ejemplo de inexistencia: «Supóngase—dice—que en un emplazamiento no se consigna el nombre de las partes, el objeto del pleito, ni el tribunal que interviene. El demandado no comparece y se le acusa rebeldía; el Juez no la decretará no porque el acto sea nulo, sino inexistente e ineficaz. Lo mismo será si se pide la ejecución de una sentencia no firmada. (4)

Desde luego hay que considerar la nulidad e inexistencia de la relación procesal y la nulidad e inexistencia de los actos posteriores a esta relación.

---

(1) Mattirolo. Instituciones, p. 186 y 187, t. 1.º
(2) Ob. cit., t. 2.º, p. 104.
(3) Aubry y Rau, t. 1.º, cap. 37, p. 121, 4.ª Edic.
(4) De la Colina. Ob. cit., p. 422.

Para que haya relación procesal—hemos dicho—se requiere un poder jurisdiccional ante quien se dirija una demanda válida. Si no existe ese poder, o si no hay tal demanda, no puede nacer la relación procesal, porque estos dos elementos son primordiales. Pero puede suceder que concurran ambas exigencias, no obstante de que alguna de ellas o ambas estén afectadas de algún vicio, y en tal caso la relación procesal, de inexistente que era pasa a ser un vínculo jurídico nulo. De aquí que podamos sostener que, a una relación procesal perfecta corresponde un juicio válido; a una relación inexistente—por faltar alguno de sus elementos,—corresponde un juicio inexistente, y, a una relación nula (nulidad absoluta) o anulable (nulidad relativa), corresponde un juicio nulo que permite declarar de oficio la nulidad, o a petición de parte, según se trate de la primera o segunda circunstancia.

Sin embargo no siempre se reconoce en forma clara esta diferencia, y así, mientras que Escriche habla de «nulidad perpetua», cuando se trata de falta de jurisdicción o falta absoluta de emplazamiento, (1) Mattirolo y Chiovenda (2) reconocen en tal situación un caso de inexistencia jurídica.

Veremos más adelante diferencias precisas entre uno y otro concepto y señalaremos condiciones propias que—en nuestro juicio—identifican en forma evidente la inexistencia y la nulidad jurídica.

---

(1) Escriche Diccionario. t. 4.º, p. 999, sentencia nula.

(2) Mattirolo. Instituciones, t. 1.º, p. 184; Chiovenda, ob. cit., t. 2.º

La inexistencia de los actos posteriores a la relación procesal se produce cuando éstos se ejecutan sin voluntad de ley que los permita, como en el caso de que se cumpla una sentencia recurrida en grado de apelación, procedente en ambos efectos: los actos posteriores a dicho recurso más que nulos son inexistentes. Tal es la opinión de Lacoste—según lo hemos manifestado anteriormente, al poner el ejemplo propuesto por este autor.

Debe tenerse presente que la inexistencia jurídica es independiente de toda declaración del Juez. Antes y después de esta declaración no puede producirse ningún efecto, lo que no sucede con la nulidad, que produce efectos mientras el Juez no la declara y puede sanearse si no se deducen los recursos legales en tiempo y forma. En la casación se puede apreciar este efecto, pues, cuando se deniegan los recursos ordinarios sigue tramitándose el juicio, aunque después se declare por vía de casación la nulidad del procedimiento. De esta manera un juicio nulo ha producido todos sus efectos procesales.

Los recursos creados por el legislador para atacar las sentencias nos comprueban que la inexistencia y la nulidad difieren entre sí, porque dichos recursos sólo pueden deducirse en contra de los fallos nulos; pero no en contra de los que no existen.

La jurisprudencia ha declarado en algunas ocasiones que la falta de firma del secretario produce la inexistencia del fallo y que no procede en su contra el recurso de apelación, porque en tal caso la Corte de Apelaciones fallaría en única instancia.

Son muchos los autores que establecen diferen

cias entre estas dos situaciones y están de acuerdo en que los recursos proceden sólo contra sentencias nulas. Lacoste se expresa de la siguiente manera: «Pero si los recursos atacan las sentencias nulas éstos no atacan a las sentencias inexistentes». (1) Sin embargo, hay quienes impugnan la doctrina por encontrarla poco práctica, y así dice Glasson: «En realidad la doctrina y jurisprudencia no han distinguido para los actos de procedimiento la inexistencia y la nulidad. La distinción ha parecido sin interés. La falta de un elemento esencial entraña la nulidad, aún en ausencia de texto. Esto basta». (2)

No nos parece verídico lo expuesto por Glasson; es en su criterio que no tiene utilidad práctica la teoría de la inexistencia; pero no en la doctrina y en la jurisprudencia, pues muchos autores y más eruditos que él, manifiestan que en doctrina la inexistencia procesal tiene una importancia que no se puede desconocer. (3)

Las opiniones citadas nos permiten asegurar que la teoría de la inexistencia no puede ser desconocida y es por eso que el juez, cuando va a conocer de un recurso, debe antes que todo, decidir si está en presencia de una nulidad o de una inexistencia. Y se comprende la razón si se considera que la sen-

(1) Lacoste, ob. cit., pág. 54, N.º 129. De igual opinión: Garsonnet t. 3.º, 2.ª edic., p. 562, cap. 1133. Laurent, t. 20, N.º 10; Larombiére, artículo 1351, N.º 10; Huc, t. 8, N.º 332, (citas de Lacoste) Jurisp. Francesa: Req. 30-XII-1902 (Glasson cit. posterior).

(2) Ob. cit. pág. 344; Japiot Nullité des actes juridiques.

(3) Chiovenda, Mattirolo. Instituciones, citas anteriores y las citadas en la nota 1, precedente.

tencia es la resolución que pone fin al debate jurídico que necesariamente hace suponer una discusión entre legítimos contradictores.

¿Es de equidad siquiera hacer efectiva una sentencia en contra de una persona que no sólo no ha intervenido en el pleito—puesto que puede ser condenada en rebeldía—sino que jamás ha tenido noticias de tal juicio?

El fallo que resuelva en esta situación no es una sentencia en el sentido jurídico de la palabra, pues debe entenderse por tal la resolución que pone fin a un litigio entre legítimos contradictores, tal sentencia es la única que puede producir cosa juzgada.

Si se sigue un juicio en contra de una persona que no es el pretendido demandado no hay en su contra litigio alguno, no hay sentencia, ni hay cosa juzgada, porque la falta absoluta de emplazamiento no produce la relación procesal, que es el único vínculo que puede obligar a la parte a cumplir una sentencia judicial. De aquí que el acto de citación no sea una mera creación formal; hay en su establecimiento principios de Derecho Natural.

Pero no sólo la falta de relación procesal trae por consecuencia el juicio inexistente, porque si no hay jurisdicción no hay juez que pueda decidir. La jurisdicción es un atributo del Estado que para ejercerla necesita de representantes; ellos forman los diversos jueces creados por la Ley Orgánica. Pues bien, si a un juez se le quita su calidad de mandatario del Estado, deja de tener jurisdicción y pierde la facultad de fallar. En esta situación el falso juez, si dicta una sentencia, no puede ésta

producir la cosa juzgada, porque el único poder que concede y tiene esta facultad, es el Estado; y si éste no le ha conferido mandato alguno, se crea por sí mismo un poder que no tiene: la sentencia sería en tal caso el producto de una actividad particular y no el desenvolvimiento de la potestad jurisdiccional del Estado; y como la cosa juzgada se produce como consecuencia de la protección legal del Estado, el fallo del falso juez, que no tiene esta protección, no puede producir análogos efectos. Si tal sucediera, habría que admitir que la jurisdicción además de emanar del Estado, puede emanar también de los particulares: cuando éstos no interponen los recursos legales en contra del fallo del juez sin jurisdicción. Se comprende que al resolver de esta manera se echaría por tierra los principios en que se fundamentan los Poderes Públicos y la calidad de Soberano que tiene el Estado.

El error de aceptar esta doctrina emana de considerar a los recursos como todo medio de atacar una sentencia, olvidándose que éstos proceden sólo en contra de las resoluciones judiciales, y son tales —como hemos dicho—las que emanan del poder jurisdiccional del Estado. Una actividad particular no puede estar protegida por recursos legales, porque importaría darle el valor de poder jurisdiccional a cada situación de hecho consentida por las partes.

Las razones expuestas nos hacen concluír una diferencia capital entre el juez incompetente en forma absoluta y el juez falto en forma absoluta de jurisdicción. El primero es representante del Estado y en contra de sus resoluciones existen los re-

cursos; por eso es que, no interponiéndose éstos en tiempo y forma, no cabe acción alguna de nulidad: la cosa juzgada cubrirá con su poder a la sentencia del juez incompetente.

El segundo, en cambio, se abroga un poder que no tiene y falta a la disposición de la Carta fundamental que dispone: «La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece *exclusivamente* a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos» (1). El art. 1.º de la Ley Orgánica repite el mismo principio constitucional.

Ahora bien, y en presencia de estas disposiciones, el juez que sin tener la calidad de tal, dicta una sentencia, se avoca un poder que no tiene y rompe todo principio constitucional.

En este caso se encuentra el juez que ha sido relevado de su cargo; cualquiera que sea la causa, pierde el poder de jurisdicción, deja de ser mandatario del Estado y no puede dictar un fallo judicial.

Sin embargo, entre nosotros esta situación ha sido considerada como un caso de incompetencia absoluta (2) —a nuestro juicio—equivocadamente.

---

(1) Constitución Política de 1925, art. 80 y Const. Antigua (de 1833), art. 99.

(2) Cas. Septiembre de 1915. (Sucesión Muñoz con Rojas) Jurisp. Otero, t. 2.º, pág. 1664, N.º 23. Doctrina: Concedido permiso a un juez para dejar de ejercer sus funciones, éstas se suspenden quedando habilitado y *sin competencia* aquel para conocer en los asuntos judiciales en que antes conocía.

Esto no quiere decir que, conociendo del asunto, el tribunal no resuelva; tal actitud estaría en pugna con los principios en que se funda el poder judicial y además se faltaría al art. 9.° de la Ley Orgánica, que en su inc. 2.° obliga al juez a dictar su fallo, quien, «no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión». Debe pues resolverse el asunto; pero no es la declaración de incompetencia absoluta la que procede, sino la inexistencia jurídica de la sentencia, porque, declarando lo primero, se reconoce jurisdicción al juez de primera instancia, cuando no la ha tenido nunca. Se incurre además en otro error jurídico: el tribunal de alzada, por el hecho de reconocer incompetencia, reconoce la calidad de juez lo que importa darle jurisdicción, cuando esta facultad sólo emana del Estado. El Poder Judicial se transformaría en otra fuente de potestad jurisdiccional.

Pero no sólo en la sentencia precitada se ha equivocado el principio. En páginas anteriores citamos como ejemplo de inexistencia, el fallo que dicta un juez, estando pendiente un recurso de apelación concedidos en ambos efectos (ejemplo de Lacoste).

Pues bien, en casos idénticos, se ha resuelto por la Corte de Apelaciones la incompetencia absoluta del juez, cuando debió declararse la inexistencia jurídica de la segunda sentencia. (1)

En la sentencia de la Corte de Santiago de 1911, juicio Ceppi con Ried, se confunde la jurisdicción con la incompetencia, se dice que el juez en un juzgado, no tiene jurisdicción para fallar un asunto de que conoce el juez titular. (Otero caso 18, t. 2.°, pág. 1657).

(1) Ap. Talca G. 1907, t. 1.°, p. 296, s. 135 (Laso, pág. 776, jurisp. 3).

El estudio anterior nos demuestra la importancia de la doctrina. No basta como dice Glasson— reconocer la nulidad, porque ésta exige la interposición de recursos procesales en tiempo y forma; en cambio la inexistencia no tiene plazo alguno; ni el trascurso del tiempo, ni el consentimiento de las partes puede darle valor a lo que no existe.

Entre la nulidad y la inexistencia existen las siguientes diferencias:

1.° *En caso de inexistencia no tiene el juez la obligación de proveer la demanda. En caso de nulidad tiene por lo menos la obligación de declarar por qué no provee.* (1)

Con un ejemplo se aclara la cuestión. Supongamos que ante el juez de letras se presenta una persona demandando al Fisco por una cantidad determinada previa declaración de un montepío que el actor solicita. Pues bien, esta petición es judicialmente improcedente, porque sólo le corresponde al Poder Legislativo conceder montepíos, y por lo tanto no existe acción judicial y sólo se trata de una gestión administrativa. En este caso el juez no tiene obligación de proveer ni de explicar por qué no provee y en su contra no cabría el recurso de

---

Véase también Ap. Santiago. G. 1903, t. 2.°, pág. 435, s. 1839; y las sentencias en que se sienta la siguiente doctrina: Es inválida, *por carecer de competencia* el juez que la dictó, la resolución en que un juez deja sin efecto todo lo obrado ante él mismo, inclusa la sentencia definitiva que ha pronunciado. Valp. 1909, t. 1.°, pág. 548, s. 350, ap. Concepción, G. 1913, p. 2480, s. 843; Valdivia, G. 1913, p. 3250, s. 1126. (Laso. pág. 191, Jurisp 10).

(1) Chiovenda, t. 1.°

queja. El artículo 4.º de la Ley Orgánica establece la prohibición de que el Poder Judicial se mezcle en las atribuciones de otros Poderes Públicos, y es por eso que el juez que no dicta resolución en tal demanda procede en derecho, porque sólo puede resolver los asuntos sometidos a su conocimiento (art. 152 de la L. O T.)

Puede suceder también que se interponga una demanda válida ante un poder jurisdiccional competente, pero que se notifique a una persona diferente de la del demandado. En tal caso no hay relación procesal entre el demandante y el pretendido demandado, porque éste no ha sido citado al juicio, y sin el acto de citación no hay litis posible. (1)

Hay en este caso una relación jurídica de índole procesal entre el juez y el actor, porque se ha interpuesto una demanda válida ante un poder jurisdiccional competente. Este vínculo autoriza al actor a exigir del juez el correspondiente desarrollo de su potestad; lo que no podría exigir en caso de inexistencia, como en el ejemplo anterior. Pero tal relación no existe entre el demandado y el notificado, que es extraño al pleito y que puede pedir, no la nulidad o desestimación de la demanda, sino la declaración de que ésta no le afecta (2). Tampoco existe el juicio para el supuesto reo, por la razón ya antes dicha.

En algunos casos la relación procesal produce

(1) Entre nosotros, por expresa disposición de los arts. 82 y 83 del Cód. de Proc. se trataría de causal de «rescisión».

(2) Helwing. System. t. 2.º, pág. 26, N.º 667, cita de Chiovenda.

un estado de incertidumbre que no se sabe si se trata de una inexistencia o de una nulidad; en tal caso, el profesor Chiovenda da la regla de que mientras no se aclare la situación, se debe tener como un caso de nulidad, para los efectos de proveer la demanda; y pone el siguiente ejemplo: «Si la demanda procede de una persona o se dirige a una persona en calidad de representante de un incapaz, de órgano de una persona jurídica y, cuando en realidad, tal condición no le corresponde (falsus tutor, falsus procurator), la relación procesal no existe respecto del pretendido representado, pero una relación procesal existe ciertamente; sólo es incierto si el sujeto de ella es el supuesto representado o el supuesto representante».

En determinadas circunstancias el error de la calidad con que se demanda no produce ni siquiera un proceso nulo, como cuando se demanda a una persona como representante de otra, por creérsele padre del menor demandado y en realidad sólo es su curador. En este caso la relación es válida porque con uno u otro título existe la pretendida representación. (1)

Veamos ahora los casos de nulidad.

La nulidad supone la concurrencia de los elementos que dan vida al acto, pero uno o más de ellos afectados de algún vicio. Hay por lo tanto una relación procesal; pero viciosa y que puede dar motivo a una declaración de oficio o a una declaración a pedido de parte interesada. En estos ca-

(1) No habría tal representación si es condición precisa que el demandado sea padre.

sos, el juez debe proveer la demanda o manifestar la razón por qué no provee. El art. 253 del Cód. de Proc. establece que «Puede el juez de oficio no dar curso a la demanda... expresando el defecto de que adolece».

La jurisprudencia ha resuelto que esta declaración puede hacerla el juez en el momento de proveer la demanda, pero no en la sentencia definitiva si no ha sido alegada por el demandado (1).

Igualmente puede el juez, de oficio, ordenar se designen precisamente, todas las partes demandantes. (2)

2.º *En caso de inexistencia, el demandado no tiene derecho a pedir la desestimación de la demanda cuando ha sabido extrajudicialmente su interposición.*

La inexistencia es el estado de lo que no existe; mal podría, en consecuencia, autorizarse la desestimación de lo que no existe. En cambio, si se trata de una demanda nula, en el caso de que el demandante se desista de ella, puede el demandado oponerse al desistimiento y pedir su rechazo. El art. 155 de nuestro Código dispone que «antes de notificarse la demanda al reo, podrá el actor retirarla sin trámite alguno, y se considerá como no presentada»; pero el art. 58 establece que aunque no se hubiere verificado notificación alguna o se hubiere efectuado en otra forma que la legal, se tendrá por notificada una resolución desde que la parte a quien afecte haga alguna gestión que suponga

(1) Ap. Talca. Gac. 1913, p. 3127, s. 1081. Laso, p. 224.
(2) Ap. Valdivia. Gac. 1914, t. 2.º, p. 737, s. 269.

conocimiento de dicha resolución». Puede suceder, entonces, que el demandado se imponga extrajudicialmente de la demanda y concurrir al Juzgado a solicitar su desestimación, aunque el actor se desista de ella.

La cuestión no deja de tener importancia cuando el actor ha equivocado la acción y dándose cuenta de ello quiere retirarla para deducir la que conviene en derecho.

Pongamos un ejemplo: Se demanda a Pedro ante un tribunal incompetente, *ratione personne;* éste puede oponer la excepción de incompetencia y obtener así la declaración de la nulidad de esa demanda; pero se da cuenta que la acción está mal deducida y que para él la litis se presenta segura. En tal caso se desentiende de la incompetencia y pide lisa y llanamente el rechazo de la demanda. Si se trata de inexistencia como sería el caso en que Pedro no fuera el reo, éste no podría pedir el rechazo de la acción, o más bien dicho, su petición no tendría razón de ser porque, aunque no haga gestiones en el pleito, la sentencia no produciría en su contra cosa juzgada.

3.° *En caso de inexistencia no nace la excepción de litis pendencia.*

En efecto, para que proceda esta excepción es preciso que exista un juicio, aunque en él haya causales de nulidad. Si no existe tal juicio, no hay litis pendencia y no puede recurrirse a ella para paralizar otro juicio. Si se trata de un juicio nulo—dice Chiovenda—puede hacerse valer la excepción,

porque existe una relación procesal de la cual no puede desentenderse; pero si la nulidad emana de «un defecto de jurisdicción» no nace la litis pendencia, porque el vicio sobrevive a la sentencia.

Puede presentarse fácilmente el caso en un juicio en que haya varios demandados; no es difícil que inadvertidamente, no se notifique a alguno de ellos, con lo cual se incurre en el mayor vicio de nulidad que puede afectar a la relación procesal, cual es la falta de comunicación de la demanda. Igualmente, puede ocurrir que en un juicio en rebeldía se introduzca una demanda nueva sin que de ello se dé cuenta el juez: esta demanda que no ha cumplido con los requisitos del acto de citación no puede considerársele existente para el rebelde y, por tanto, no hay litis pendencia sobre esa nueva demanda. (1)

4.° *La inexistencia no produce cosa juzgada.* (2)

Sin entrar en un estudio profundo de la cosa juzgada, podemos adelantar que ella parte de la base de una sentencia dictada por un tribunal con jurisdicción. No importa que no se tenga competencia; pero sí, es indispensable la potestad de juez. La falta absoluta de relación procesal, produce los mismos efectos que la falta absoluta de jurisdicción.

Si por ejemplo, se demanda a B. y en lugar de notificarlo a éste se notifica a C., el juicio no exis-

(1) Chiovenda, ob. cit., p. y t. cit.

(2) Laurent, Larombiére, Lacoste, Chiovenda, Mattirolo; Garsonnet Huc. ya citados.

te para B. y la sentencia no produce cosa juzgada en su contra.

La situación se ha presentado entre nosotros y la Jurisprudencia declaró la «inexistencia jurídica de un remate» y acogió una demanda reivindicatoria, estableciendo que no basta la notificación al poseedor del inmueble, en el caso del cobro de contribución de haberes, para desposeer de la finca al deudor que no fué notificado. (1)

Dice la sentencia:

1.º Que en general las actuaciones de un juicio y los actos o contratos que en él se producen afectan sólo a las personas que en ellos intervienen, y de los antecedentes aparece que doña M. H. no fué citada al juicio en que se subastó la propiedad.

Refiriéndose a la facultad del art. 30 de la ley 1898, dice:

«La ley no autoriza notificar al cuidador un requerimiento despachado en contra del dueño y que, por otra parte, la misma ley dispone que al deudor ausente se le deje cédula, lo que no se cumplió, art. 28 de la ley 1898.

5.º Que por estas circunstancias se manifiesta la «inexistencia jurídica» del remate...

La situación del juicio nulo es otra. El procedimiento vicioso se valida por el hecho de dictarse sentencia, salvo, cuando el vicio puede oponerse por primera vez en apelación o casación, lo que sucede cuando se trata de una ley de orden público.

(1) Otero. Jurisprudencia, t. 1.º, p. 94.

La relación procesal hace perder a las partes su independencia y quedan sometidas a las prescripciones del Código, que las obliga a ejercer sus derechos en los plazos y las formas establecidas por la ley. Hay que tener presente que no es la actuación del juez en el proceso lo que hace perder a las partes sus derechos, sino la actuación de la ley procesal.

Consecuencia de los principios expuestos es que no puede anularse un juicio por otro juicio, como sucedió entre nosotros con motivo de ciertas demandas reivindicatorias que tuvieron por base de haberse omitido, durante el procedimiento, trámites importantes.

Aceptar lo contrario sería ir contra los principios de la cosa juzgada que supone el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional, que para una mayor garantía se encuentra protegida por el recurso de revisión, cuando la sentencia ha sido injustamente ganada. Este recurso no tiene otro objeto que el darle mayor autoridad a la cosa juzgada. (1)

5.º *En caso de inexistencia no cabe aplicar el principio de la renovación del acto nulo,* porque en este caso no hay acto jurídico susceptible de renovación. En cambio si se trata de acto nulo, la consecuencia lógica es que pueda celebrarse de nuevo, siempre que el derecho no haya caducado, lo que sucede generalmente, cuando se trata de derechos que deban ejercerce en un plazo fatal. Tal sería el caso de una apelación mal deducida; declarada inadmisible, no podría renovarse una vez transcurrido el plazo.

(1) Fernando Alessandri. Apuntes de clase.

6.º *La inexistencia no produce ningún efecto; en cambio la nulidad produce efectos procesales y, mientras no se haya declarado, las partes pueden ser compelidas a respetar las resoluciones del juez.*

Ya hemos dicho que tratándose de demanda inexistente el juez no está obligado a proveer ni a manifestar por qué no dicta resolución.

Sin embargo, una vez que se ha tramitado la demanda, el juicio inexistente sigue produciendo efectos, mientras no se declare esta condición por una sentencia judicial. Así por ejemplo, si A demanda a B y se notifica a C, no hay relación de procedimiento entre A y B; sin embargo, A tiene que seguir ejerciendo sus derechos en la forma y plazos legales hasta que B intervenga en el pleito y pida la declaración de inexistencia del juicio deducido en su contra.

Puede llegar el caso en que se dicte sentencia y se condene en rebeldía: en todo ese procedimiento se ha debido cumplir con las formas procesales, a pesar de que el juicio no existe para el verdadero demandado. Cuando se quiera cumplir la sentencia podría este oponerse a su cumplimiento. Como se ve, la inexistencia ha traído sin embargo un desarrollo de jurisdicción, aparentemente verdadero; se ha tramitado un juicio y en él se han producido todos los efectos procesales y sin embargo se trata de un caso de inexistencia: es que el proceso ha tenido solamente una realidad objetiva, pero en derecho es inexistente, porque desde su nacimiento, le faltó la realidad jurídica.

7.º *Lo hecho en razón de un juicio jurídicamente*

inexistente puede anularse sin que corran términos procesales.

En este caso no actúa la ley procesal sino la civil, y las prescripciones quedan entregadas a las reglas de este último. Tal fué el efecto que se produjo en el juicio que citamos anteriormente y en el cual se declaró la inexistencia de un remate.

En cambio, los juicios nulos pueden validarse por la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y los afectados con la sentencia nada podrán en su contra. Este principio lo sintetizan los franceses diciendo: Voies de nullité n'operent contre les jugemente. La cosa juzgada es absoluta, valida todas las nulidades y cubre a los actos judiciales con un manto de verdad indestructible.

8.° *La sentencia dictada en un juicio inexistente no es sentencia y no proceden en su contra los recursos que la ley concede para esta clase de resoluciones.* (1)

Ya hemos visto anteriormente qué resoluciones son atacables por los recursos y dijimos que éstos se habían creado para asegurar a los litigantes la correcta administración de justicia; es necesario entonces que la resolución sea dictada por un juez que tenga mandato del Estado, para que los recursos sean procedentes. (1)

CAPITULO XIII

Nulidad y Anulabilidad

La terminología jurídica ha sido poco precisa en materia de nulidades y comunmente se confunden

(1) Recuérdese la expresión de Lacoste ya citada.

las causales de nulidad con las de anulabilidad, a pesar de que entre ambas hay diferencias notables.

El Código Civil emplea la palabra nulidad en ambos sentidos, aunque en algunos casos se trata de nulidad absoluta, o sea, de las causales de nulidad.

El Art. 10 del Código Civil establece que los actos que la ley prohibe son nulos y sin embargo, hay muchos actos prohibidos por la ley que sólo son «anulables». Así por ejemplo, la ley prohibe a los incapaces celebrar contratos; pero el juez no puede siempre declarar la nulidad y entonces no se trata de una causal de nulidad propiamente dicha sino de anulabilidad.

El Código de Procedimiento emplea también indistintamente estos términos y en el art. 81 usa la palabra «rescisión» como el derecho que tiene el rebelde para pedir la nulidad de lo actuado en el juicio sin su audiencia o citación.

Pero, en ningún caso, puede el juez en un juicio en rebeldía declarar de oficio una nulidad sin que sea necesario que lo pida el rebelde?

Dentro de la teoría de nuestro Código Procesal el juez de primera instancia no tiene la protección del rebelde, como sucede en otros Códigos en que se consideran de orden público todas las nulidades que en los juicios de rebeldía se producen, (1) y no podría en consecuencia declarar de oficio otras nulidades que las expresamente establecidas en la ley. Como veremos al hablar del juicio en rebeldía la palabra rescisión tiene un alcance más amplio que el de una simple nulidad relativa.

---

(1) Código Venezolano.

Hay otros artículos en que se usa una expresión por otra; tal sucede en el art. 690 en que se habla de la nulidad del convenio, cuando en realidad se trata de anulabilidad, pues entre uno y otro término existe la diferencia de que el primero autoriza al juez a que haga declaración de oficio, mientras que el segundo exige petición de parte interesada, y la nulidad del convenio no es materia que pueda declararse sin petición de parte.

La nulidad y anulabilidad originan la nulidad absoluta o relativa, como también se las ha llamado, materia que trataremos en otro capítulo, porque en éste nos referimos en general a la incertidumbre que dejan los términos jurídicos y que dificultan en un caso concreto la labor del juez, quien debe decidir si se trata de una causal de nulidad o de anulabilidad, pues la ley usa corrientemente la misma expresión, para situaciones diversas.

CAPITULO XIV

Diversos sistemas de nulidades

No todos los sistemas de nulidades mencionados tuvieron aplicaciones prácticas; sólo algunos han servido de base a los legisladores para dictar las normas de conducta a que debían someterse las nulidades de los actos de procedimiento. Desde el Derecho Romano hasta el Derecho Alemán estos cuatro sistemas han sido los únicos dignos de estudio:

a) Sistema Romano.
b) Sistema Alemán.
c) Sistema Francés e Italiano.
d) Sistema Jurisprudencial.

Estudiaremos cada uno por separado:

Primer sistema: Nulidades Sacramentales

El Sistema Romano

El primer sistema de nulidades procesales fué el de las *legis acciones* o acciones de la ley, llamadas así para diferenciarlas de los edictos del pretor. El Derecho Romano Antiguo creó este sistema y lo consagró en la fórmula *quidquidfit contra legem nullum est.* El rigorismo de las acciones de la ley fué tan excesivo que la más mínima omisión, como el cambio de una sílaba o el empleo de una palabra sinónima, causaba la pérdida del derecho. Aún más, el no ser pronunciadas en alta voz por el Pontífice desnaturalizaba sus efectos.

Cinco eran las acciones de la ley: El depósito sagrado (sacramentum); la petición del juez (judicius postulatio); la aprehensión de la persona (manus injectio); la toma de la prenda (pignoris capio) y la condición (la condictio).

La acción del depósito sagrado era general, porque se aplicaba en todos aquellos casos en que no había otra acción especial; constituyó así un procedimiento supletorio, que hacía las veces del procedimiento ordinario de nuestro Código. La acción en sí misma era peligrosa, la persona que perdía el pleito debía pagar una multa depositada de antemano al Pontífice.

La accio per condictio tomaba su nombre de la intimidación que el actor hacía a su adversario para que a los 30 días siguientes se presentara a tomar juez. Más tarde se suprimió esa intimidación

y se llamó impropiamente *condictio* a la acción personal (1). Esta acción fué establecida por las leyes Silia y Calpurnia. La ley Silia se aplicaba cuando se trataba de una suma de dinero y la Calpurnia, de otra cosa cualquiera.

La manus injectio se ejercitaba en los casos establecidos por la ley.

La pignoris capio nacía ya de la ley, como cuando se pagaba el precio de la res comprada para el sacrificio; ya de la costumbre, como para obtener el pago de los sueldos.

Las acciones romanas tenían de común que exigían:

1.° La presencia del magistrado;

2.° La presencia de las partes bajo pena de nulidad;

3.° Debían ejercitarse en determinados lugares y a determinadas horas y días bajo pena de nulidad; y

4.° Debían pronunciarse palabras solemnes sin cambiar una palabra siquiera, bajo pena de nulidad. (2)

La picnoris capio no exigía todos estos requisitos, pudiendo tomarse la prenda aún en los días nefastos.

Las acciones de la ley cayeron en desuso, principalmente a causa de su excesivo rigorismo; el pretor, que se dió cuenta de la dificultad que creaban estas formas de procedimiento, introdujo modificaciones y creó ciertas fórmulas que originaron el procedimiento formulario para proceder en juicio.

---

(1) Gayo. Instituta, pág. 265.

(2) Valentín Letelier, ob. y pág. citadas. Lascano, p. 33.

Estas fórmulas contenían todo lo necesario para que se dedujera felizmente la acción, evitándose el peligro de que se cambiaran las palabras. Aunque también eran rígidas, su adopción democratizó el derecho, porque según enseñaban los jurisconsultos romanos, las fórmulas tenían por objeto evitar que un litigante de fácil palabra se aprovechara de esta circunstancia para vencer a su contrario.

Las fórmulas eran de dos clases, in jus conceptus e infactus conceptus; en ciertos casos el pretor proponía fórmulas mixtas, como en el depósito y comodato. (1) Todas las fórmulas constaban de cuatro partes: la designación (demostratio) en la que se explicaba el asunto; la pretensión (intentio); en que se formulaba la petición concreta; la adjudicación (adjudicatio) en que se concedía al juez la facultad de adjudicar lo disputado y la condenación (condenatio) en que el juez absuelve o condena.

Aunque rígidas estas fórmulas no tenían la estrictez de las acciones de la ley, «porque no siempre se producía una nulidad si no se llenaban todos los requisitos de las fórmulas». Así por ejemplo, si la fórmula no tenía demostración no se perdía el pleito sino que debía empezarse de nuevo; pero la falta de intentio producía la pérdida de la litis. (2)

Como puede apreciarse, las fórmulas marcaron un paso hacia la abolición de las solemnidades como requisito indispensable para conceder un derecho; sin embargo en la Edad Media, pasaron

(1) Gayo, ob. cit., p. 267, N.º 29.
(2) Cuq. Institutions Jurídiques des Romains, p. 837.

inadvertidos los adelantos del Derecho Romano y los procedimientos judiciales, faltos de toda ciencia, aún admitían extravagancias como los juicios de Dios.

Cuando el desarrollo de la industria y del comercio creció en forma tal que los Estados necesitaron de una ayuda recíproca, los procedimientos se hicieron sencillos y no se buscó ya la garantía de una correcta administración de justicia en el pronunciamiento de palabras solemnes, sino en la consagración de principios fáciles de entender y sobre la base de admitir un debate amplio, durante el cual las partes practiquen sus justificaciones y pruebas en la forma que crean conveniente, sin más límites que el de someterse a ciertos términos y modos de proceder necesarios para regular la acción de las partes y del juez en el proceso. Estas bases sirvieron para construir los sistemas modernos.

Segundo Sistema. Nulidades pronunciadas por el juez.

El Sistema Alemán

Hemos visto que el legislador romano fué estricto en sus concepciones de derecho y no dejó al juez ninguna actividad particular en el proceso. Todos los medios de proceder, todas las sanciones estaban indicadas en la ley en forma sacramental y solemne.

El sistema alemán es totalmente diverso al sistema romano. Desarrollado bajo el impulso de la mo-

derna teoría del Derecho Libre, deja en manos del juez la intrucción y dirección del proceso en forma activa y eficaz, al extremo de autorizarlo para que intervenga en ayuda de la parte mal defendida por un abogado ignorante del asunto que se discute. El art. 157 del Cód. de Procedimiento, adopta este principio, confiriéndole al juez la facultad de expulsar de la audiencia al abogado que no tiene condiciones para defender a su cliente.

Estos principios dan la razón del por qué en el derecho alemán no se encuentran disposiciones expresas que pronuncien la nulidad. En efecto, no hay en ese Código ni siquiera una regla general que indique al magistrado algún punto de partida para aplicar su criterio; el pronunciamiento de las nulidades está entregado a su parecer y es libre de aplicar o no la sanción de nulidad cuando se omite alguna formalidad del procedimiento.

Pero que no haya una regla general sobre las nulidades del procedimiento, no quiere decir que a ellas le sean aplicables las disposiciones del Cód. Civil. El art. 134 de este cuerpo de leyes habla de un «negocio jurídico» que infringe una prohibición legal es nulo si no resulta otra cosa de la ley, y hemos visto, en el capítulo primero, que los actos del Derecho Civil han recibido el nombre genérico de «negotium juris» para diferenciarlos de toda otra actividad jurídica; en este sentido emplea el Cód. Alemán la expresión negocio jurídico y no es en consecuencia aplicable el art. 134 a los actos procesales. (1)

En el procedimiento alemán el juez tiene pues,

(1) Lascano, ob. cit., p. 38.

una importante labor porque no sólo es un mero expectador de la discusión de las partes, sino que interviene en el debate en forma activa y eficaz, evitando trámites torcidos e impidiendo que el proceso se transforme en una lucha en que cada parte trate de aprovecharse de los descuidos y desventajas del contrario. Desde este punto de vista, el Código que comentamos es totalmente diverso al Cód. Francés y a la generalidad de otros procedimientos extranjeros.

La facultad del juez para declarar las nulidades no tiene en este derecho un límite preciso, aunque a primera vista pareciera que los arts. 2.º y 5.º trataran de restringir el poder judicial en esta materia, al disponer que las formalidades renunciables de los actos no pueden ser objeto de críticas por éste, si la parte hubiere renunciado a la observancia. Sin embargo, como el mismo legislador agrega que no se aplicará esa disposición cuando se trate de prescripciones que no pueden renunciarse, se consigue en buenas cuentas el predominio del criterio judicial, porque la ley no ha señalado expresamente qué normas son irrenunciables y deberá por consiguiente resolverse esta cuestión por el juez, quien en definitiva, si considera que se trata de una formalidad irrenunciable, declarará la nulidad aunque la parte haya renunciado a su observancia.

En principio el sistema es un ideal. Dadas las múltiples circunstancias que pueden originarse con la actividad de las partes, es materialmente imposible que el legislador pueda prever todos los casos que se presenten en cada caso. Si tal sucediera, el Código se transformaría en un reglamento casuísti-

co tan rígido y absoluto que el juez se vería imposibilitado de cualquiera iniciativa propia, porque en la ley se encontrarían reglamentados todos los casos.

Se comprende lo imposible que se hace tal sistema y es por eso que el legislador debe dar reglas generales.

Es indudable que mejor que la ley el juez puede apreciar—según las circunstancias—si debe o nó aplicarse la nulidad en caso de faltarse a un requisito importante de un acto de procedimiento; pero es cierto también que no es conveniente entregar en forma absoluta tal poder de apreciación al juez, que además de un indiscutible saber jurídico necesita un amplio criterio legal y una sólida base de imparcialidad.

Los tratadistas italianos y franceses critican el procedimiento alemán y abogan porque el juez esté ligado a la ley; (1) éste es el criterio que ha defendido D'Aguasseau al expresar: «la ley ha hablado, no nos queda más que obedecerla».

Cuche por su parte agrega: «es siempre peligroso el arbitrio judicial, porque se deja libre la posibilidad de que se incurra en abusos de sus facultades y la experiencia ha demostrado cuan fácilmente los jueces se dejan arrastrar por la pasión o el interés. (2)

La crítica de los franceses tiene su explicación—a nuestro juicio—en el poco resultado que dió el sistema de nulidades aplicado antes de la ordenanza de 1667.

En esa época el juez tenía una doble libertad de

(1) Glassón, ob. cit., t. 1.º, p. 19.

(2) Cuche. Procedure Civile, pág. 682.

apreciación, porque podía declarar una nulidad aunque la ley no castigara expresamente con esa sanción y podía desentenderse de una disposición formal cuando en su criterio la nulidad no causaba ningún perjuicio. (1) Los abusos cometidos en ese tiempo extremaron al punto de que se tenía terror a la justicia del parlamento, llegándose a expresar en un axioma: «Dios nos libre de la justicia del parlamento».

Con este motivo, los tratadistas discuten sobre la mayor o menor amplitud que debe tener el juez en el proceso y se dan razones en uno y otro sentido, y mientras los que atacan la libertad del juez, dan como razones la facilidad de incurrir en abusos y en cierto modo el hecho de que al aceptarse de un modo libre y amplio se desmedraría la obra del legislador; los que defienden al arbitrio judicial hacen valer la rigidez que significan las leyes y lo difícil de que ellas se adaptan a las complejidades de la vida diaria. (2)

En Alemania y en Austria el sistema ha dado resultados satisfactorios, pero entre nosotros sería un fracaso, porque razones de cultura y motivos raciales nos impedirían una independencia que fuera una garantía absoluta para los litigantes. No podemos, en consecuencia, pensar en la adopción de tal sistema.

---

(1) Chauveau. Procedure Civile et Comerciale, t. 1.º, p. 51.

(2) Del Vecchio. El pretendido carácter del Derecho: Demófilo de Buen Lozano. Las normas jurídicas en la función judicial. (Citas de Lascano, ob. cit.).

Tercer Sistema. Nulidades pronunciadas por la ley.

El sistema Francés

El sistema francés es contrapuesto al alemán, porque consagró el principio del imperialismo de la ley. Las nulidades no son conminatorias, es decir, simples amenazas que el juez quiera o no aplicar; dispone el art. 1029, y el art. 1030 agrega, que «ninguna diligencia o acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente establecida por la ley».

Aunque el legislador pretendió quitarle al juez todo poder de apreciación no lo consiguió, porque como no dió una lista de las únicas omisiones que producían nulidad, dejó virtualmente en sus manos el esclarecimiento y resolución de aquellos casos en que no habiéndose pronunciado una nulidad, se faltaba sin embargo a requisitos indispensables. Por eso todos los jurisconsultos franceses están de acuerdo en que el art. 1030 sólo contiene una regla de carácter general. (1)

Los redactores del Código—dice Cuche—no han llegado a dar una lista limitativa de todos los casos en que una inobservancia de las formas de procedimiento deba entrañar la nulidad del acto y la jurisprudencia ha debido completar el Código. (2)

En efecto, en Francia, se desarrolla un doble sis-

(1) Glasson, ob. cit., t. 1.º, p. 19. Boitard, t. 1.º, pág. 327. Edic. de 1846.

(2) Cuche, Procedeure Civile, pág. 681.

tema de nulidades, uno dispuesto por la ley y otro por la jurisprudencia, interpretando la intención del legislador. El primero se aplica cuando la ley expresamente declara una nulidad y el segundo,, cuando no declarándolo la ley se omite sin embargo una formalidad substancial.

Pero para llegar a la adopción de este sistema han debido los tribunales recurrir a la doctrina, (1) que reconoce en los actos de procedimiento componentes de diverso valor jurídico y que hemos conocido con el nombre de elementos substanciales y accidentales.

En esta interpretación se ha debido considerar también la situación de las leyes prohibitivas, frente a la doctrina de las nulidades.

La doctrina más comunmente admitida a este respecto es la de pronunciar la nulidad cuando se viola una ley de esta categoría (2) y debe entenderse por tales aquellas en que se emplean modos de decir como: no será admisible (arts. 157 y 160) ; no será válido (arts. 22, 48, 289, 362 y 369) ; no será susceptible (arts. 153 y 809) ; no será ejecutado (arts. 155, 164) ; no podrá, (arts. 137, 147, 153, 164, 249 423, 503, 510, 545, 552, 560, 580, 592, 598 y 789, etc. (3)

El sistema actual de nulidades no fué siempre aplicado en Francia, como digimos al hablar del sistema alemán; antes de la ordenanza de 1667 se dejaba en manos del juez una libertad de apreciación en doble sentido: podía declarar la nulidad

(1) Foinet Procedure Civile y Commerc, pág. 41.

(2) Cuche, obra citada.

(3) Garsonnet, t. 2.º, p. 182, 2.ª Edic. Boncenne, t. 3.º, p. 287.

en casos no establecidos por la ley y podía desentenderse de una disposición expresa y no aplicar una nulidad si le parecía que no causaba perjuicios al contrario.

El sistema originó tales abusos que llegó a consagrarse en la frase que ya hemos apuntado y que revelaba el miedo que se tenía a la justicia, al punto que se consagró en un adagio: Dios nos guarde de la equidad del parlamento.

Como puede verse, al sistema francés no constituye un ideal en materia de nulidades, porque dejó amplio campo a la discusión para saber si se trataba o no de un requisito esencial; a pesar de que él trató de evitarlo pretendiendo que sólo se debían declarar nulidades que la ley establecía. Sin embargo, el sistema tiene la ventaja de que las nulidades que la ley declara no son simples amenazas facultativas para el juez, sino de obligatoria declaración.

El sistema francés es en el Código de excesiva rigidez y ha debido ser aminorada por la jurisprudencia al aceptar la teoría de los equivalentes procesales, en virtud de la cual se sienta el principio de que no hay términos sacramentales y que pueden usarse expresiones que sin ser las palabras precisas de la ley, indiquen sin embargo claramente la petición que se formula.

La mayor parte de los autores franceses están de acuerdo con esta opinión de la jurisprudencia francesa. No obstante, el tratadista italiano Chiovenda opina que no es posible esta equivalencia de términos en los casos en que la ley es rígida para determinar una formalidad. El juramento—dice

—es uno de los pocos casos y no puede cambiarse por otra expresión análoga (1).

Sin embargo, en otras cuestiones se ha admitido con facilidad el uso de términos equivalentes; y así, se ha resuelto en Francia que no es nula la notificación cuando se usa un equivalente al domicilio, (2) o cuando no se identifica claramente al notificado, pero a éste le es imposible equivocarse de la identidad de la persona del demandante, (3) y que tampoco es nula aquella en que se señala la ciudad sin indicar el domicilio, cuando se trata de persona conocida; como por ejemplo: el Intendente de la provincia. (4)

El sistema francés necesita de algunas modificaciones y no es aconsejable tal como está implantado en Francia. No obstante, sus principios están de acuerdo con las doctrinas modernas y la legislación italiana lo ha adoptado con algunas modificaciones.

Sistema Italiano

Italia adoptó el sistema francés dando forma legal a la doctrina creada por la jurisprudencia francesa. Sin embargo, se le atribuye a Romagnosi el es-

(1) Locución citada.

(2) Mines, 5 de Agosto de 1812; Nancy, 20 de junio de 1824; Limoges, 5 de Feb. de 1817; Montpellier, 19 de Mayo de 1846; Reims, 15 de Dic. de 1824; Montpellier, 24 de Mayo de 1825; Cas. 7 de Nov. de 1821. Garsonnet, t. 2.º

(3) París, 6 de Marzo de 1895; Grenoble, 21 de Dic de 1820; Bourges, 15 de Abril de 1889; Dalloz Pandectas 1-2-43. En contra Boncenne, t. 2.º, p. 107.

(4) Bioche. N.º 109, cita de Garsonnet.

tudio de las circunstancias esenciales y accidentales de los actos y fué acuerdo con su doctrina que se dictó el art. 56 del Código italiano que dice: «No podrá pronunciarse la nulidad de ningún acto de citación u otro cualquiera de procedimiento sin que antes haya sido declarada por la ley». *Podrán sin embargo, anularse los actos cuando les falta alguno de sus elementos que constituyen su esencia...*

Como se ve el legislador hizo especial diferencia entre elementos esenciales y accidentales. Tratándose de los primeros, procede declarar la nulidad, pues, «su omisión es por sí misma una causal de nulidad y sin esos requisitos el acto degenera en otro esencialmente diverso o falto de condiciones necesarias para conseguir el fin que se propone». (1)

Pero es lo cierto que el legislador italiano no definió qué actos son substanciales y como no es una cuestión que aparece clara de los términos de la ley, queda en manos del juez, de la misma manera que en el sistema francés, determinar cuando es esencial un requisito y como no siempre es fácil su determinación, se prestará en muchas ocasiones a incidentes dilatorios que deben en definitiva resolverse por el juez.

Cabe hacer presente en el sistema italiano otra cuestión interesante. El inciso 2.º del art. 56 no ordena al juez que declare una nulidad cuando se falta a un elemento esencial, sino que le concede la «facultad» de hacerlo. Con esta disposición se reconoce en realidad que una condición esencial no

(1) Mattirolo. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Loc. citada.

produce en todo caso una nulidad y es cuestión que determina el juez, si debe declararse esa sanción o debe mantenerse la validez del acto, en contra del principio establecido en el Código.

Queda aún otro punto que esclarecer: el legislador italiano, tal como ha redactado el art. 56, parece que hubiera establecido que las nulidades declaradas por la ley son accidentales. (1)

Pero no puede aceptarse esta interpretación sin incurrir en un absurdo, porque no es posible suponer que el legislador haya querido emplear un rigor excesivo respecto de los actos accidentales, declarándolos nulos expresamente en ciertos casos y no haya dispuesto igual sanción y en la misma forma para los elementos substanciales.

De los artículos del Código italiano se desprende que el mayor número de nulidades declaradas se refieren a elementos esenciales y si se ha dejado al juez la facultad de determinar este carácter en casos especiales, es porque no es posible atender a las infinitas modalidades que pueden adoptar los actos en el proceso. Interpretando en esta forma se armoniza mejor el art. 56 con los principios.

Tiene pues, el juez italiano, facultad de determinar la esencialidad de los actos, y en ello se ha visto el legislador influenciado por la corriente moderna de darle al juez una mayor participación en el proceso. Tal principio aconseja Mortara, cuando dice que «al juez debe dejársele cierta libertad de acción para que examine la calidad y el fin de cada acto, en relación con la sanción legal y con la forma que presenta, y vea, decida y resuelva, si aparte de

(1) Lascano, p. 47.

los vicios penados con sanción expresa, se nota la falta de algún elemento particular necesario para integrar la substancia del acto; y vea y decida también si la falta debe entrañar la extrema consecuencia del anulamiento». (1)

El sistema italiano, en cierto modo ecléctico, nos parece el más razonable entre los estudiados y el de mayores ventajas; pues, a la par que determina normas precisas a las cuales debe ajustarse el juez, le deja cierta libertad de apreciación ya que no se le impone la obligación de declarar una nulidad, sino que se le concede la facultad de hacerlo, jugando en tal caso su criterio un papel importante.

Este sistema combinado con el principio de que no se declaren nulidades sin perjuicios, nos parece el más recomendable para nuestro derecho.

Cuarto Sistema. No hay nulidad sin perjuicios

Sistema Jurisprudencial

Este sistema que ha sido creado por la jurisprudencia francesa tiene numerosos partidarios y muchos de ellos ven en su adopción el ideal del porvenir. (2) Algunas legislaciones han modificado sus leyes, siguiendo este camino.

Desde que ha desaparecido el formulismo—dice Mourlon—el único sistema racional es el que ordena pronunciar nulidades sólo cuando el vicio de forma que afecta a un acto ha causado un perjuicio grave a

(1) Mortara. Procedure Civile, t. 1.º, p. 83.

(2) Berriant Saint Prix, p. 555, cita de Garsonnet, t. 2.º, p. 96, nota 7.

la parte contraria. (1) Puede originar abusos el sistema; pero son más los beneficios que los perjuicios cuando se trata de jueces sabios e imparciales.

Tiene sin embargo el sistema sus impugnadores, quiénes arguyen de contrario la demora que significa para el procedimiento la determinación de los perjuicios, pues la parte en contra de quien se alega la nulidad no dejará de pretextar la validez del acto, porque no causa perjuicios a la otra parte; además va a ser siempre el juez quien determine si existe o nó el perjuicio, con lo que virtualmente la declaración de la nulidad queda en su poder. (2)

En Francia el sistema fué aplicado antes de la ordenanza de 1667 y fracasó por completo; más tarde la Corte de Toulousse trató de restablecer el principio; pero tampoco dió resultados satisfactorios y además estaba en pugna con la doctrina sustentada en la citada ordenanza de 1667, que defendía el imperialismo de la ley. (3) Por eso, en los tribunales de París, el sistema ha venido a menos y la Corte no puede rehusar de aplicar las nulidades pronunciadas por un texto formal; pero los procuradores no invocan sin motivo esta sanción que, sin contar los gastos y las demoras inseparables de la necesidad de rehacer el acto nulo, caen siempre sobre un colega o sobre un «huisser» (especie de receptor) responsable. (4)

---

(1) Mourlon, ob. cit., N.º 323.
(2) Glasson, p. 340.
(3) Glasson, cita anterior.
(4) Garsonnet, t. 2.º, p. 98.

El procurador que adopte otro temperamento es mal mirado entre sus colegas.

Como puede apreciarse, el principio ha fracasado en Francia, porque en la época en que se puso en práctica no estaba la judicadura en situación de emplear el sistema, ni el pueblo tenía la cultura suficiente para recibir sus beneficios.

Pero, deducir de este falso resultado la ineficacia del sistema, es aventurar demasiado. La bondad de la teoría se demuestra con el hecho de que abogados y procuradoes lo practiquen diariamente, guardándose al respecto una especie de acuerdo tácito, pues se considera tinterillesca la actitud del que alegue una nulidad que a nadie beneficie.

Es cierto que el sistema origina una demora del procedimiento, porque deberá resolverse, siempre que se alegue que el acto no perjudica—y esto será lo más corriente—si se ha causado o nó el perjuicio invocado; pero, ¿acaso no debe discutirse también la esencialidad de un elemento procesal cuando el contrario le desconoce su importancia? En uno y otro caso hay pérdida de tiempo y es preferible que se dilate el procedimiento a fin de averiguar si hay o nó un perjuicio que discutir sobre la esencialidad o no esencialidad de un requisito procesal, pues, muchas veces, aunque resulte esencial el elemento omitido, puede suceder que su falta no traiga ningún perjuicio al derecho de la persona en contra de quien se alega el acto nulo.

Las objeciones que se hacen, pues, en este sentido nos parecen de poco fondo y pensamos por eso con Mourlon que «son más los beneficios que los perjuicios cuando se trata de jueces sabios e imparciales».

El quid de la cuestión está entonces en dos factores: el juez y los litigantes. Magistrados sabios e imparciales hacen bueno cualquier sistema y litigantes de mala fe entorpecen la acción de cualquiera garantía legal.

Por qué razón en Alemania y Austria el libre arbitrio judicial ha dado resultados? Sencillamente, porque esos pueblos están a un nivel de cultura superior.

En presencia de estas circustancias, no podemos aconsejar la adopción absoluta del sistema; pero sí, habría un gran provecho en adoptar una teoría intermedia entre los que defienden la doctrina de Romagnosi y los que ven en la consideración de los perjuicios, la mejor garantía legal.

Para que la anulación sea un verdadero remedium juris, sostienen los que defienden este sistema ecléctico, deberá adoptarse un temperamento útil y racional, estableciéndose la imposición de declarar la nulidad «en el caso alegado y probado de que la violación haya lesionado positivamente el derecho de la parte que se queja de ellas». (1)

Algunas legislaciones modernas han seguido este camino; el Código de Ginebra en el art. 495 adoptó el sistema (2) y el proyecto Orlando de 1900, a la Cámara Italiana, sobre reformas al procedimiento, contenía un artículo que dice: «La nulidad de un acto debe ser declarada cuando la violación de la ley ha causado a la parte que la invoca un perjui-

(1) Véase Mortara, t. 1.º, N.º 75. Citado por Borjas, N.º 248; hace también referencias este autor a Nichelli Battista.

(2) Chiovenda, t. 2.º, p. 113, nota 2.

cio que no puede ser reparado sino por la declaración de nulidad». (3)

Tissier, comentando ese proyecto, se expresa diciendo que son reglas de gran interés y que el legislador francés debe entrar por ese camino. (4)

No obstante, el legislador italiano adoptó la teoría de los elementos esenciales; pero en el inc. 2.º del art. 56 *no le impone al juez la obligación de declarar la nulidad*, sino que le concede la facultad de hacerlo. (5) En realidad se ha dejado en sus manos un cierto poder de apreciación para declarar o nó una nulidad (6) considerando si hay o nó perjuicios. Un sistema análogo, pero en forma más precisa nos parece de utilidad para nuestro derecho: sobre esta base redactaremos al final un proyecto de reforma.

CAPITULO XV

Diversas categorías de nulidades

Según la importancia de la omisión la nulidad que se produce toma un nombre diferente. Los

(3) Revista Trim. Fran. año 1910, p. 570. Este artículo está copiado a la letra del 495 del Cód. de Ginebra.

(4) Tissier, artículo publicado en la Revista antes citada.

(5) Japiot es de opinión que en los casos en que la ley no ha señalado expresamente la nulidad, los jueces interpreten en el sentido de no declararla sino cuando se ha causado un perjuicio. Cita las sentencias de casación de 3 de Febrero de 1913, 29 de Abril de 1912 y de 8 de Abril de 1913. (Revue Trim. pág. 235 año 1914).

(6) Se comprende que tal facultad judicial debe estar expresamente autorizada por la ley, pues de otro modo, la labor judicial se transforma en legislativa. Garsonnet. Precis., N.º 498 y Aubry y Rau, t. 1.º, p. 182.

autores han distinguido al respecto tres categorías:

a) Nulidades substanciales y accesorias;

b) Nulidades de orden público y de orden privado; y

c) Nulidades absolutas y relativas.

En párrafos apartes estudiaremos cada una de estas clasificaciones.

Nulidades substanciales

Se llaman nulidades substanciales aquellas que sancionan la falta de un requisito substancial.

Respecto de ellas se ha establecido que no es necesario que la ley castigue expresamente con la nulidad para que ésta sea declarada; basta que se falte a un requisito substancial. (1) No otro criterio parece haber adoptado nuestro legislador al declarar esencial la autorización del funcionario que deba dar fe del acto; (2) y la jurisprudencia francesa y la doctrina de los autores al declarar que el art. 1030 del C. de P. Civil Francés, cuando dice que ninguna notificación o acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente pronunciada por la ley, se ha referido únicamente a las nulidades accesorias. (3)

Además debe tenerse presente que la violación a

---

(1) Glasson, t. 1.º, p. 16; Rodiére, t. 1.º, p. 145. Citas de Tissier y Darras, ob. cit., t. 2.º, p. 160, N.º 4. Sentencia de París 11 de Enero de 1895.

(2) Art. 64 C. de P. C., inc. 3.º.

(3) Boncenne, t. 3.º, p. 273; Glasson, t. 2.º, p. 343.

una ley de orden público es siempre substancial, (1) sin que el juez tenga la más mínima facultad de apreciación. Reconociéndose el carácter de orden público de una disposición, el juez no podrá hacer consideraciones para tratar de que no se declare la nulidad.

Pero, respecto de las nulidades substanciales que sancionen una ley de orden privado, es siempre imprescindible la declaratoria de nulidad?

—La respuesta es negativa, porque la misma ley, en multitud de casos, admite que se subsanen estas formalidades por voluntad de las partes manifestada expresa o tácitamente. No debe confundirse, pues, lo substancial de un requisito con el propósito o finalidad que se tuvo en vista por el legislador, que es lo que determina su naturaleza. (2)

Este principio lo consigna el art. 58 de nuestro Código al establecer que es válida una notificación aunque no se haya efectuado en forma alguna «cuando la parte a quien afecte, practique alguna diligencia que suponga conocimiento de la resolución sin alegar antes la nulidad».

De la misma manera, si es un principio básico que nadie puede ser condenado sin ser oído, la sentencia recaída en un juicio en que no se ha citado al demandado, pasa evidentemente en autoridad de cosa juzgada si ha sido notificada personalmente a

(1) Garsonnet, t. 2.º, p. 100: «Se llaman substanciales las formas que están prescritas por una ley de orden público o que son indispensables para que un acto pueda llenar su función».

(2) Lascano, obra cit., p. 62.

éste y no ha deducido los recursos legales en tiempo y forma. (1)

Por eso, en consecuencia, si se omiten trámites esenciales, el procedimiento es nulo; pero si no se ejercen oportunamente los recursos establecidos por la ley, el vicio se habrá saneado y no podrá impetrarse más tarde la nulidad de la sentencia. (2)

De lo dicho, concluímos que los elementos substanciales pueden ser de dos órdenes: públicos y privados. En el primer caso el juez debe declararlos de oficio y para su corrección es tiempo hábil cualquiera época del proceso, sea en primera o segunda instancia y aún por casación ante la Corte Suprema: el caso más característico es el de la incompetencia absoluta.

En cuanto a los elementos substanciales de orden privado, se subsanan dentro de la instancia si no se alegan con oportunidad. Los trámites esenciales han sido reglamentados en nuestro derecho sobre esta base. (3)

Sin desconocer el interés jurídico de estas nulidades, resultan muchas veces poco prácticas y por eso la jurisprudencia ha templado el principio, admitiendo los equivalentes procesales, como una consecuencia de la doctrina que sostiene que en el De-

---

(1) Se entiende esta regla sin desmedro de la facultad que tienen nuestros tribunales de declarar una casación de oficio cuando se han violado trámites esenciales del proceso. Art. 950.

(2) El art. 947 del C. de P. declara «indispensable» la interposición de dichos recursos y *por todos sus grados.*

(3) Sobre la oportunidad para ejercer la reclamación, véase la parte que se refiere al derecho chileno.

recho Moderno no hay términos sacramentales.

Cualquiera que sea la teoría, en definitiva es el juez quien determina la importancia de una formalidad,—ya que la ley no estableçe una lista limitativa de requisitos substanciales—y es por eso que éste tiene la importante labor de regular la acción de la ley en el proceso de tal manera que, sin infringirse las disposiciones legales, teniéndose en cuenta para ello el espíritu de formalidades, se le dé cierta elasticidad al derecho, permitiendo que no se cumplan rigurosamente los formalismos, si la ejecución de un acto irregular ha producido los efectos que el legislador se propuso. En el criterio del juez se apoya el verdadero alcance de los principios.

Nulidades accesorias.

Derivan su nombre estas nulidades de la omisión de los requisitos accidentales de los actos de procedimiento, es decir, de aquellos que constituyen una simple garantía establecida por la ley para asegurar en forma más precisa, la correcta ejecución de un acto jurídico.

La doctrina admite al respecto que sólo sean declaradas estas nulidades, cuando la ley lo dispone expresamente. (1)

Declararlas en otros casos es estrechar tanto el marco de las formalidades que es fácil caer en el sacramentalismo de la ley.

Por eso el juez debe ser parco en su declaración,

(1) Mattirolo Instituciones, t. 1.º, p. 217.

debiendo admitir la validez del acto aunque no cumpla todos los requisitos, si con el cumplimiento de los demás se consigue el fin deseado por el legislador.

Así por ejemplo: es absurdo acoger una excepción dilatoria, porque no se señala la profesión del demandado, o porque en la demanda se ha equivocado el número del verdadero domicilio, habiendo recibido el reo a pesar de ello la notificación en forma que no perjudique su derecho, o declarar nula la prueba de un testigo, porque éste señaló equivocadamente su domicilio, cuando con los otros datos se identifica su persona.

Declarar las nulidades en casos como éstos, es—como dice el Dr. Lascano—desconocer los motivos tenidos en vista por el legislador. (1)

Respecto de los artículos en que la ley ha dispuesto expresamente la nulidad cabe hacer una consideración, y es la siguiente:

Todos los casos en que se declara expresamente una nulidad son ejemplos de sanción a requisitos accesorios?

—Indudablemente no, porque sería absurdo admitir que el legislador fuese más estricto con las formas accidentales que con las substanciales; además tal criterio sería ir en contra de la doctrina que defiende la sencillez de los procedimientos judiciales.

El art. 942 del Código de Procedimiento declara las causales que motivan la nulidad de la sentencia y todas ellas son esenciales; igualmente, en otros

(1) Lascano, p. 65

Códigos, el italiano por ejemplo, se declaran expresamente muchas nulidades que sancionan requisitos substanciales. (1) Por eso cuando se dice que las nulidades accesorias se declaran sólo en los casos en que el legislador lo diga expresamente, no quiere decirse que en todos los casos de nulidad expresa se sanciona la falta de un elemento accidental.

La razón de expresar una nulidad substancial podría encontrarse en la voluntad legislativa de no dejarle al juez facultad de apreciación a su respecto, puesto que—según lo hemos manifestado—la falta de un elemento de tal naturaleza puede en ciertos casos no producir nulidad. (2) Interpretando en este sentido aparece el principio más lógico y más de acuerdo con la doctrina. No se comprende de otro modo por qué razón la jurisprudencia francesa haya establecido que en los casos en que el legislador ha dispuesto expresamente la sanción de nulidad el juez debe declararla sin atender a si hay o no perjuicios. (3)

Si se tratara únicamente de formalidades accesorias, esta jurisprudencia iría en contra de los

---

(1) Arts. 24, 41, inc. 3.º, 42, inc. 1.º, 233 y 234, etc.

(2) Así lo entienden los que apoyan la doctrina de que no se declaren nulidades sin perjuicio.

(3) Jurisprudencia. En los casos en que la ley ha pronunciado formalmente la nulidad, el juez debe declararla, aún cuando el que invoca esta nulidad no haya probado ningún perjuicio. Rennés 22 de Nov. 1923.

Tissier y Darras. «Code de Procedure Civile», t. 2.º, p. 1159, art. 1030. Jurisp. N.º 1. De igual opinión: Garsonnet, t. 2.º, p. 177, cap. 498; Glasson, t. 1.º, p. 14; Dalloz Repertoire, Exploit, N.º 146, Nullité, N.º 35.

principios por ella misma sustentados, en el sentido de que no hay términos sacramentales.

Rigorizar a este extremo las formas accesorias es dar a la ley una rigidez que no tiene. Por eso debe aceptarse que en las nulidades expresas, no sólo hay disposiciones accesorias, sino también substanciales.

Los actos prohibidos por la ley producen también una nulidad substancial o virtual como la llama Glassón, (1) sin que pueda sostenerse en buena doctrina, que las leyes prohibitivas sancionan nulidades accesorias. (2)

Nulidades de orden público

Las leyes de orden público están sancionadas con una nulidad de orden público.

Pero el mayor número de nulidades procesales son de orden privado; algunas de mayor importancia han sido reguladas en interés del orden público. (3)

Para hacer esta clasificación no hay que tener en vista si la omsisión es de un elemento esencial o accesorio, pues en ambos casos, si la ley es de orden público la nulidad opera con todos sus efectos; por esta razón se ha objetado la clasificación de elementos substanciales y elementos accesorios de los actos de procedimiento: esta diferencia no puede hacerse tratándose de estas leyes. (4)

(1) Garsonnet, t. 2.º, p. 103, N.º 56.
(2) Japiot, art. citado; Glasson, t. 119.
(3) Ob. cit., t. 2.º, p. 349.
(4) Japiot. Artículo de la Revue. Trim. Citado.

El Código de Procedimiento no determina reglas precisas para saber cuándo una nulidad es de orden público y cuándo es de orden privado. Debe atenderse entonces al carácter de la ley sancionada con la nulidad. Si ésta es de orden público, la nulidad es de orden público; en cambio, si sólo se ha tenido en vista el mero interés particular, la nulidad es de orden privado.

No contiene nuestro Código una disposición como la del art. 80 del Código de la Provincia de Buenos Aires—a que nos hemos referido al hablar de la Ley Procesal—en donde se estatuye que «las leyes de procedimiento son de orden público y sólo renunciables en los términos de los arts. 19 y 21 del Código Civil»; disposición duramente criticada, porque no manifiesta de un modo claro el verdadero criterio del legislador para apreciar estas leyes, ya que al decir que son renunciables en los términos de los arts. 19 y 21 del Código Civil ha dicho en realidad que «son de orden público menos cuando no lo son». (1)

Como el Código chileno no contiene una disposición de carácter doctrinario, no se presenta la dificultad del art. 80 del Código argentino y es materia que debe resolverse, en último término por la Corte, si tal o cual disposición es o no de orden público, y en consecuencia deducir el carácter de la nulidad.

---

(1) Lascano, obra cit. págs. 21 y 22. Además según este autor, la disposición del art. 80 contiene un error más grave, pues declara que las leyes son de orden público y en seguida dice que son renunciables en tales o cuales circunstancias, lo que importa violar los principios ya que el orden público es irrenunciable en cualquiera circunstancia.

Hay sin embargo algunas leyes que no necesitan un mayor estudio para saber su naturaleza; ya hemos dicho que las leyes de la incompetencia absoluta son de orden público y por lo tanto irrenunciables, autorizando a que se declare de oficio la nulidad. (1)

Nulidades de orden privado

Las nulidades tienen este carácter cuando sancionan una ley renunciable. Sobre el particular dijimos que una vez que las leyes están en el patrimonio del individuo son en su mayor parte de orden privado y pueden ser renunciadas por el interesado, y aún se supone su renuncia si no se alega el derecho en tiempo y forma.

Respecto de estas nulidades hay que distinguir dos clases:

Las nulidades del acto de citación y las nulidades de los demás actos del procedimiento.

Se ha discutido si la comparecencia del demandado cubre la nulidad del acto de citación y al respecto, en el derecho antiguo, antes de la ordenanza de 1667 en Francia, se hacía un distingo entre los requisitos del acto de citación para asegurar la recepción de la notificación por el verdadero demandado, y los que miraban a las condiciones de la demanda misma.

---

(1) En un alegato ante la Corte Suprema sostuvo don Fernando Alessandri, que las leyes que crearon los títulos ejecutivos son de orden público, sin que las partes puedan darle el carácter de ejecutivo a otros títulos que los determinados en la ley.

En cuanto a los primeros se decía que la comparecencia del demandado, aunque fuera para alegar la nulidad, demostraba haber recibido la notificación y en consecuencia no cabía esa sanción. Sin embargo, como en estos casos, en lugar de comparecer el demandado dejaba tramitar el juicio en rebeldía, ejerciendo el recurso de oposición al cumplimiento de la sentencia, se cambió de doctrina, admitiéndose que la comparecencia del demandado no validaba la citación, si éste comparecía precisamente para alegar la nulidad. La jurisprudencia francesa adoptó más tarde el principio y lo consagró en el Código. (1) Entre nosotros el art. 58 adoptó igual teoría.

Por lo que respecta a los demás actos de procedimiento, como ser una confesión o una prueba testimonial, pueden ellas oponerse después de alegar otro derecho en el pleito, siempre que las partes no discutan el mérito del acto mismo (2) ni practiquen gestiones que supongan su aceptación.

Entre nosotros se autoriza la petición de nulidad dentro de la instancia aún después de citadas las

(1) Toulousse, 4 de Agosto de 1881, D. P. 82-2-94; Aix 25 de Marzo de 1177, D. P. 78-2-111; Casación 21 de Julio de 1884, D. P. 85-1-167; Nancy 16 de Marzo de 1896, 26-2-411; Jurispr. Chilena Concepc. G. 1912, p. 598, S. 341. Se establece que la copia que dejó el receptor no significa aceptar la notificación si se comparece a alegar la nulidad (considerando 3.º de la de 1.ª instancia). Confirmada con fecha 20 de Junio de 1912. (Otero, t. 2.º, p. 353 y 354, caso 4.º) Cas. 25 de Sept. 1906. (rev. t. 3, S. I., p. 441) Doctrina.

La comparencia a pedir «reposición» valida la notificación nula.

(2) Mourlon, N.º 465.

partes para sentencia, cuando se trata de vicios que anulen el proceso o de circunstancias esenciales para la ritualidad o la marcha del juicio (arts. 87 y 487).

No sucede lo mismo respecto de las omisiones que contenga la demanda, porque si no se hacen valer las excepciones dilatorias, se entra a discutir el fondo de la acción, las nulidades de la demanda se sanean, pudiendo ser deducidas posteriormente únicamente por vía de alegación o defensa, art. 295.

Diferencias entre las nulidades de orden público y de orden privado.

Difieren estas nulidades en los siguientes puntos:

1.° Las de orden público pueden ser alegadas por ambas partes, es decir, el perjudicado con el acto nulo y el que se aprovechó de él. Las nulidades de orden privado sólo pueden ser alegadas por la parte en contra de quien se hacen valer.

2.° Las de orden público pueden ser declaradas de oficio por el tribunal, en cambio las de orden privado sólo a petición de la parte afectada.

3.° Las de orden público pueden ser alegadas en cualquier estado de la causa y en cualquiera instancia por vía de recurso: apelación o casación. Las de orden privado deben ser propuestas *in limine litis* y se entiende que han sido renunciadas cuando se practican gestiones que suponen su conocimiento sin alegar antes la nulidad.

En nuestro derecho la alegación de nulidad, dentro de la instancia, es requisito indispensable para que proceda después en contra de la sentencia el

recurso de casación en la forma cuando se han violado trámites esenciales del procedimiento.

Sin embargo, aunque la violación sea de orden público, si la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no podrá alegarse la nulidad del procedimiento. El principio de la cosa juzgada se opone a tales peticiones.

Nulidades absolutas y relativas

No definen los Códigos qué se entiende por nulidades absolutas o relativas. La clasificación conocida ya en el Derecho Romano ha sido muy discutida, sosteniendo algunos que entre ambas no hay otra diferencia jurídica que el tener diversos plazos de prescripción. (1)

En Derecho Procesal, se ha creído que nunca una nulidad es absoluta, porque siempre necesita una declaración judicial que la constate y, porque los efectos procesales pueden subsanarse por el consentimiento expreso o tácito de las partes.

Esta doctrina es un error, porque, precisamente, las únicas nulidades que se «cubren» son las relativas y no las absolutas. Además, una cosa es que la nulidad exista de pleno derecho y otra es que sea absoluta; no por tener este carácter la nulidad existe sin declaración judicial. El fallo del juez no se contrapone a lo absoluto de un precepto y produce el único efecto de materializar una situación jurí-

(1) Baudry y Zacharie. Cita que hace Enrique Rossel en su memoria «Teoría de las Nulidades».

dica existente de antemano, es decir, le da vida objetiva a una verdad legal. (1)

Los autores no están de acuerdo en el origen de las nulidades absolutas y relativas y mientras que para Escriche las primeras emanan como consecuencia de faltarse a una ley cuyo principal motivo es el orden público, y las segundas de violarse disposiciones que miran sólo al interés particular de las partes, (2) para Zacharie y Aubry y Rau, en cambio, lo absoluto y relativo de una disposición consiste en que la nulidad puede ser alegada por todos o sólo por algunas personas, en cuyo beneficio las establece la ley, siendo la primera la regla general, con las limitaciones que el legislador expresamente ha consignado o resulte virtualmente del motivo sobre que se funda. (3)

Nulidades absolutas

En Derecho Procesal rigen también estos conceptos directivos y puede concluírse que a una ley de orden público corresponde siempre una nulidad

(1) El ex-profesor de Derecho Civil D. Arturo Alessandri enseñaba que en nuestro Derecho tanto las nulidades absolutas como las relativas necesitan declaración judicial, sin que pueda establecerse como diferencia entre una y otra, que la absoluta se produce de pleno derecho y las relativas sólo a virtud de declaración judicial. Deduce su doctrina de los arts. 1683, 1687, 1689 y 1688 del Código Civil y 37 de la ley de matrimonio civil (apuntes de clase, materia correspondiente al primer año).

(2) Diccionario. Nulidad.

(3) Citados por De la Colina, obra cit., t. 1.º, p. 121, capítulo 37, 4.ª edición.

absoluta, y a una ley de orden privado puede o nó corresponder una nulidad relativa. Cuando no hay otra sanción expresa, estas últimas producen nulidad, y en los demás casos debe aplicarse el castigo determinado en la ley; por ejemplo, las violaciones castigadas con multas no motivan una declaración de nulidad.

Pero es necesario establecer una precisa y capital diferencia entre las nulidades absolutas de Derecho Procesal y las de Derecho Civil, pues, mientras que la nulidad absoluta tiene en materia civil plazos de prescripción que se miden por la prescripción adquisitiva del mismo derecho, pudiendo tener un plazo máximo de 30 años, en materia procesal, las nulidades absolutas se rigen por las disposiciones del Código de Procedimiento que ha establecido plazos y recursos para solicitar las nulidades de los actos de procedimiento. Un fallo judicial, dictado en ejercicio de la jurisdicción, es una verdad inamovible y el interés particular no puede destruír el mérito de ese fallo, porque se tendría que aceptar que los actos ejecutados con motivo del desarrollo de una función de orden público—la función jurisdiccional—pueden ser destruídos en sus efectos por el mero interés particular, que por olvido o negligencia no usó de los recursos legales en tiempo y forma. La culpa del negligente autorizaría la destrucción de una sentencia (1). Tales razones impiden que las nulidades absolutas de Derecho Procesal, den «acción», para destruír los fallos ejecutoriados. Estas nulidades son absolutas

(1) Recuérdese lo dicho por Mattirolo a propósito de la incompetencia absoluta.

en cuanto admiten declaración de oficio en cualquiera instancia, sin que las partes puedan renunciarlas expresa o tácitamente.

Como nuestro Código no establece reglas para determinar cuando se trata de una nulidad absoluta y cuando de una relativa, debe resolverse primero si se trata de una ley de orden público o de orden privado; en el primer caso estaremos en presencia de una nulidad absoluta, en el segundo, puede o nó estarse frente a una nulidad relativa, según las reglas ya anotadas. (1)

De todos modos, la violación de principios constitucionales producen nulidades absolutas, (2) la violación de las reglas de la capacidad motivan también estas nulidades, cuando se refieren a la incapacidad absoluta, la falta absoluta de representación producen una nulidad absoluta y aún más, una inexistencia procesal, por falta de emplazamiento del verdadero demandado. No es otro el espíritu de la acción «rescisoria» que la ley concede al rebelde en el art. 81 del Código de Procedimiento; acción que no se rige por los plazos procesales, «porque no existe juicio» (inexistencia de re-

(1) Cuando hay otra sanción o cuando se trata de formalidades accesorias no hay nulidad. Sobre las leyes prohibitivas, véase el capítulo respectivo en la cuarta parte.

(2) Jurisprudencia Argentina:

«Gaceta del foro», sentencias de 18 de Junio de 1919, serie 1.ª, t. 1.º, p. 408; t. 4.º, p. 173, serie 2.ª, t. 1.º p. 213, 221, 339 y 346; serie 3.ª, t. 1.º, p. 104, t. 3.º, p. 173; t. 2.º, p. 295; etc. «Tribunal de la capital federal», Cámara Civil, t. 7, p. 4475, t. 8.º, p. 376; t. 10, p. 180 y 306, t. 13, p. 128; t. 16, p. 280; t. 45, p. 376; t. 48, p. 408, t. 50, p. 39 y 195 (citas de Lascano, obra cit., pág. 70).

lación procesal) y queda sometida a las prescripciones del Código Civil, (1) que será mayor o menor según se considere al poseedor de buena o mala fe.

Nulidades relativas

Se producen estas nulidades por violación de leyes de orden privado sean substanciales o accesorias. El plazo para alegarlas prescribe en el término de la instancia.

El art. 87 en relación con el 437 de nuestro Código sustenta también esta doctrina, declarando que después de citadas las partes para sentencia no se admitirán alegaciones de ningún género, salvo que se trate de vicios que anulen el proceso o de circunstancias esenciales para la ritualidad o la marcha del juicio.

Estos artículos se refieren necesariamente a las nulidades relativas, es decir, sólo oponibles por la parte afectada, porque el art. 950 salva una excepción a la regla de esas disposiciones, reglamentando la casación de oficio.

Resumiendo lo dicho en los párrafos anteriores tenemos que:

1.° Las nulidades substanciales pueden ser: de orden privado y de orden público; absolutas y relativas;

(1) En efecto, el Cód. de Proc. confiere un plazo de 5 días para pedir la rescisión, contados desde que el «rebelde tuvo conocimiento y pudo ejercer la acción». Se comprende que esto puede suceder un día o años después de haberse dado la sentencia. Hay en esta rescisión una verdadera restitución «in integrum».

2.º Las nulidades accesorias pueden ser: de orden privado y, en consecuencia, relativas;

3.º Las nulidades de orden público son siempre substanciales y absolutas;

4.º Las nulidades de orden privado pueden ser substanciales y accesorias; pero siempre relativas;

5.º Las nulidades absolutas son siempre substanciales y de orden público;

6.º Las nulidades relativas son de orden privado, substanciales o accesorias.

CAPITULO XIV

Efectos de las nulidades

Aunque el principio doctrinal es que lo nulo no produce ningún efecto, *quod nullum est nullum producit effectum,* en el procedimiento las nulidades producen ciertas consecuencias que para su mejor estudio las agruparemos en cuatro: efectos independientes de los que se proponía el acto, renovación, interrupción de la prescripción y efectos con relación a los demás actos del procedimiento.

Efectos independientes

Aunque el acto no tenga valor en relación con el motivo que le dió origen, puede producir a veces otros efectos no obstante de que el acto nulo pierde su calidad de acto jurídico y se transforma en un simple hecho material. En estos actos desnaturalizados puede fundarse un derecho que se acredita con el mismo acto nulo. Por ejemplo, si una confesión

judicial no reune los requisitos del Código no vale como confesión; pero en determinadas circunstancias podría considerarse como una confesión extrajudicial; un inventario solemne que no reuna los requisitos del art. 1038 del Código de Procedimiento no sirve como tal; pero serviría para acreditar la existencia de determinados bienes; la mensura de las minas debe practicarse de acuerdo con el título VI del Código de Minería; pero si no se llenan todos los requisitos legales, puede ser considerada la mensura como un acto de posesión y unida a otras circunstancias, dar origen a que se adquiera por prescripción, de acuerdo con el título IX del mismo Código.

Como puede verse, los actos nulos en ciertos casos producen efectos independientes a los que se proponían en su origen y dar motivo a que se funde en él un derecho. (1)

Aún, el acto nulo puede haber sido cometido dolosamente y en tal caso no sólo habría responsabilidad civil, por los daños y perjuicios, sino también pena criminal.

Renovacion del acto nulo

El acto nulo se considera como no realizado o no sucedido y puede en consecuencia renovarse. (2)

La renovación de los actos nulos es uno de los efectos más importantes que producen las nulidades procesales y determina una diferencia entre éstas y las del Derecho Civil.

---

(1) Lascano, p. 73.

(2) De la Colina, ob. y p. cit.

En el Derecho Civil se persigue una nulidad para hacer volver al patrimonio del perjudicado un derecho; las partes vuelven al estado anterior de la ejecución del acto nulo, no con el objeto de celebrar nuevamente el contrato, sino con el fin de volver el derecho al patrimonio del solicitante. No habría objeto de pedir en Derecho Civil una nulidad con el fin de celebrar nuevamente el contrato con la misma persona, bajo las mismas bases.

En materia procesal sucede algo diverso; se solicita la nulidad de un acto de procedimiento con el fin de que se celebre el mismo acto, es decir, se persigue su repetición, pero en forma válida, cumpliéndose los requisitos omitidos en el acto nulo. Quien pide la nulidad de una sentencia lo hace con el fin de que se dicte otra sentencia; quien solicita se declare la nulidad de una demanda, lo hace para que se haga cumplir en ella los requisitos legales, etc., etc.; en cambio, quien pide la nulidad de una venta, no lo hace con el fin de celebrar nuevamente el contrato con la misma persona.

El art. 292 del C. Francés y el art. 58 del Código Italiano se refieren a la renovación, agregando este último que el acto no podrá renovarse si la ley ha señalado un plazo perentorio para su ejecución. (1)

El Código Venezolano se apartó de esa doctrina y permite la renovación de cualquier acto de procedimiento, aunque su ejecución hubiere estado ordenada en un término perentorio, lo que debe entenderse,—según Borjas—sin perjuicio de que, si

(1) Mattirolo Instituciones, p. 222, N.º 3.

la nulidad del acto no emana de haberse faltado a un requisito esencial, sino del hecho de ejecutarse fuera de plazo, no cabe renovación, porque se trataría de una caducidad. (1)

Entre nosotros no se ha reglamentado la renovación de los actos nulos y sólo se deduce del art. 960, que al hablar de la casación, dispone que la sentencia que declare la casación determinará el estado en que queda el proceso..., caso que se refiere al conocimiento de un tribunal superior; pero no a la orden de renovación dada por el mismo tribunal. No obstante, como las nulidades son cuestiones accesorias del juicio, el juez de primera instancia tiene competencia para ordenar se renueve un acto nulo, pero ésta es una facultad que se deriva de los principios generales, sin que al respecto tenga nuestro Código disposición expresa. Con todo, respecto de la prueba testimonial, es evidente que el Código no permite su renovación fuera de término, porque el art. 329 establece que la prueba de testigos «sólo» podrá practicarse dentro del término probatorio. (2)

Pero cualquiera que sean las interpretaciones que se hagan, lo cierto es que el Código no precisa

(1) Borjas. Art. 230, N.º 250. La diferencia precisa entre nulidad y caducidad es que esta última no admite renovación. (Mattirolo).

(2) La disposición debe entenderse sin perjuicio de la fuerza mayor, porque al impedirlo no le corren términos. El art. 211 del Cód. de Proc. Alemán admite la restitución «in integrum» cuando por impedimento natural o por otro caso fortuito e inevitable no se ha observado un plazo. De todos modos la cuestión es discutible en nuestro Código porque la ley se refiere a la renovación de los actos nulos.

ninguna regla sobre la renovación de los actos nulos y sería conveniente que se introdujeran modificaciones en este sentido. (1) Lo único que se dispone es que cuando se aleguen vicios que anulen el proceso el «tribunal ordenará que se practiquen las diligencias necesarias para que el proceso siga su curso legal». (art. 87).

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

En el Derecho italiano se dispone que la nulidad del acto de citación queda privado de los efectos procesales; pero no de los prescriptivos, porque—según Mattirolo—«sería demasiado grave e injusto hacer recaer sobre el actor de un daño, a veces irreparable, proveniente de culpa o dolo del secretario». Por eso el art. 145 de ese Código permite que la notificación nula por culpa del secretario o del receptor interrumpa la prescripción:

El Código Francés, en cambio, no admite la interrupción de la prescripción cuando la notificación ha sido anulada por defectos de forma, pero la demanda opuesta ante tribunal incompetente interrumpe la prescripción. (2)

(1) El art. 292 del Código Francés se refiere expresamente a la renovación de la prueba testimonial siempre que la falta sea originada por el juez comisario; pero la declarada nula por falta del receptor o del procurador no autoriza la renovación, aunque da derecho a indemnización de perjuicios, en caso de manifiesta negligencia, lo que queda al arbitrio del juez. El art. 230 del Código Venezolano dispone que la nulidad dará lugar a que se vuelva a efectuar el acto dentro de un término que fijará el Tribunal siempre que la causa estuviere en la misma instancia en que haya ocurrido el acto irrito.

(2) Mourlon, N.º 467. Garsonnet. Precis, p. 235, N.º 349. Boitard, N.º 266. Código Civil Francés, arts. 2446 y 2447.

Entre nosotros, por expresa disposición del art. 2503 del Código Civil la interrupción de la prescripción no se produce: «Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal». Aunque esta disposición no se refiere a los requisitos esenciales y accidentales de los actos jurídicos, debe entenderse que ha sido hecha en forma legal aquella notificación que reune los requisitos substanciales aunque le falten los requisitos accidentales.

Es cierto que no cumpliéndose los requisitos accesorios la notificación no está hecha «en forma legal»; pero ya hemos demostrado que la falta de requsitos accesorios no anula la notificación a pesar de no estar ejecutada en toda su forma legal. Aceptar lo contrario sería permitir que una notificación válida—porque no la anulan las omisiones secundarias—no interrumpiría la prescripción por no estar hecha «en forma legal».

Esto nos permite concluír que la expresión «forma legal» debe entenderse sin perjuicio de los requisitos accidentales y substanciales de los actos de procedimiento, entendiéndose que está hecha en forma legal toda notificación que no falte a los elementos substanciales ni a los penados expresamente con la nulidad.

Efectos con relacion de los demás actos del procedimiento.

Respecto de los demás actos del procedimiento, las nulidades deben considerarse con relación a los actos anteriores y posteriores al declarado nulo.

Por regla general los actos anteriores no sufren

desmedro con la declaración de nulidad, salvo el caso de que el acto nulo constituya un requisito necesario para que el acto anterior sea válido. Sería el caso, por ejemplo, de las apelaciones de los incidentes en los juicios de Menor Cuantía, las cuales deben tenerse por interpuestas para después de la sentencia definitiva que ponga término al juicio, «debiendo el apelante reiterar su petición dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia». (1)

Si se declara nula la reiteración es nula también la interposición del recurso de apelación, porque nada vale la interposición sin reiterar después el recurso.

De la misma manera, si el escrito de formalización del recurso de casación no reune los requisitos legales, el anuncio del recurso, que es anterior, pierde su valor y con esto la nulidad produce efectos sobre actos ya realizados. Pero la regla general es que nunca un acto de procedimiento produce efectos sobre los demás actos anteriores del procedimiento.

En cuanto a los actos posteriores debe atenderse a si dependen o nó del acto nulo.

Los actos posteriores independientes del acto irrito no sufren en su validez con la declaración de nulidad. Así por ejemplo, si se declara la nulidad de una prueba testimonial, esta declaración en nada afectará a las otras pruebas del juicio, como las absoluciones de posiciones, los peritajes, las visitas oculares, etc., porque tienen vida propia, in-

(1) Art. 34, N.º 5.º del Decreto Ley 363.

dependiente, sin que su validez esté subordinada a la existencia de la prueba testimonial, y por eso la nulidad en nada les afecta.

La situación de los actos posteriores consecuentes del acto nulo, es otra.

El valor de éstos emana de considerarse válido el acto nulo, de tal manera que reconociéndose la falta de valor de este último, los que son una consecuencia de él, pierden toda fuerza jurídica; se derrumba su poder como un edificio que pierde sus cimientos.

Es por esto que cuando se acoge un recurso de casación por vicios cometidos en el procedimiento, todos los actos posteriores al declarado nulo, y que son una consecuencia de éste, se consideran como no sucedidos y el proceso deberá reponerse al estado de practicarse el acto nulo y todos los demás del procedimiento. Por eso el Código dispone en el artículo 960 que la sentencia de casación indicará el estado en que debe quedar el proceso. Las nulidades declaradas por vía de casación producen siempre la reposición del proceso.

No obstante la disposición citada, el Código nuestro no ha reglamentado los efectos de las nulidades como lo hace el Código Italiano, el Código Francés y el Venezolano. Este último llama justamente la atención porque es el primer Código americano en esta materia. (1)

---

(1) Código Venezolano, Art. 230. «Las nulidades de los actos aislados del procedimiento no acarrean la de los demás actos anteriores ni consecutivos independientes del mismo, sino que darán lugar a que se les vuelva a efectuar dentro de un término que fijará el Tribunal, siempre que la causa

En el proyecto escrito al final damos algunas reglas que llenan el vacío de nuestra legislación.

CAPITULO XVII

Manera de hacer valer las nulidades

El Derecho Moderno admite, por regla general, que las nulidades del procedimiento se declaren a virtud de los recursos procesales, deducidos dentro del procedimiento en la forma y tiempo señalados en la ley. La mayoría de las legislaciones han rechazado la acción de nulidad contenida en el Derecho Antiguo y vigente en las Partidas. Debe tenerse presente respecto de estas últimas que la acción de nulidad prescribía en un plazo de 60 días, después del cual no era admisible la acción (1). La sentencia en ningún caso quedaba bajo el imperio de las acciones de nulidad del Derecho Civil. (2)

---

estuviere en la misma instancia en que haya ocurrido el acto irrito.

Si la nulidad la observare y declarare un Tribunal Superior que conozca en grado de la causa, repondrá ésta al estado de que se dicte nueva sentencia por el Tribunal de la instancia en que haya ocurrido el acto nulo, disponiendo que este Tribunal, antes de fallar, haga efectuar de nuevo dicho acto conforme a la primera parte de este artículo.

(1) Ley 2, t. 17 libro 4.º de la Recopilación. «Si alguno alegare contra la sentencia que es ninguna, puédalo decir hasta 60 días que fuere dada la sentencia; y si en los 60 días no lo dixere, no sea oído o después sobre esta razón».
arts. 1683, 1187, 1689 y 1688 del Código Civil y 37 de la ley

(2) Según el Conde de la Cañada, la nulidad de la sentencia podía pedirse de tres maneras: por la acción de nulidad, por la apelación y por el incidente de apelación. Apuntamiento para los juicios civiles, t. 2.º, págs. 216 y 217.

El Derecho alemán, sin embargo, admite la acción de nulidad y concede en determinados casos la restitución *in integrum.* (1)

Si se permitieran estas acciones de nulidad—dice una sentencia argentina—la cosa juzgada no existiría, ni los pleitos terminarían nunca, ya que en tal hipótesis podrían ser renovados sin cesar, por medio de sucesivas acciones de nulidad. (2) Nuestros Tribunales han mantenido la misma doctrina en estos últimos tiempos, no obstante que algunos fallos de primera instancia acogieron repetidas veces estas demandas de nulidad. (3)

Partiendo de la base que las nulidades deben ser alegadas dentro del procedimiento hay ciertas reglas que determinan su precisa oportunidad. Para saberlo es necesario distinguir entre las nulidades de orden privado y de orden público. Las primeras deben ser alegadas por la parte interesada, *in limine litis,* bajo pena de caducidad. Si estas nulidades no se alegan en el curso de la instancia la sentencia sanea los vicios del procedimiento. (4)

---

(1) Arts. 211 y sigts. 511 y sigts. Glasson Cód. de Procedimiento Civil Alemán, art. 511 «Se puede demandar, por acción de nulidad o de restitución, que sea empezado nuevamente un procedimiento terminado por una sentencia sobre el fondo, pasada en autoridad de cosa juzgada».

(2) Jurisprudencia Argentina:

«Gaceta del Foro, 1918, t. 6.º, p. 123. Igual teoría: Corte Suprema Argentina, Serie 2.ª, t. III, p. 149; Cámara Civil, t. II, p. 415; t. III, p. 399, t. 23, p. 193; t. 105, p. 416, Cámara civil Segunda. Causa N.º 5892. Agosto 8 de 1914; N.º 7003, 9 de Nov. de 1918; 4840 de 6 de Febr. de 1918 y «Gaceta del Foro», t. 3.º, p. 205 de 1918. (Lascano, obra citada y página citada).

(3) Véase Otero. Jurisp., t. 1.º, art. 1.º casos 1 al 13.

(4) Garsonnet, t. 2.º p. 105.

El Código nuestro admite igual doctrina aún para los vicios que autorizan el recurso de casación en la forma, puesto que es inadmisible este recurso si no se ha deducido en tiempo y forma el reclamo previo de que habla el art. 947. (1)

Si la nulidad se refiere al acto de citación, debe invocarse antes de cualquier alegato sobre el fondo del pleito; pero la comparecencia del demandado no sanea la nulidad cuando tiene por objeto alegarla.

Glasson, sin embargo, no encuentra determinante la razón que dan los jurisconsultos franceses para aceptar esta teoría alegando que si no se procede en esta forma, el demandado dejaría tramitar el juicio en su rebeldía, deduciendo más tarde el recurso de oposición. Aconseja dicho autor que se modifique esta regla legal. (2)

Es doctrina universalmente admitida que todas las causales de nulidad deben ser deducidas conjuntamente sin que puedan alegarse cuando se pasa a discutir otros derechos, aunque no sean respecto del fondo. Apoyada en esta teoría la jurisprudencia francesa ha desechado peticiones de nulidad cuando se alega sobre el fondo, (3) cuando se alegan excepciones dilatorias o la falta de comunicación de un documento relativo al fondo del plei-

---

(1) Art. 951 N.º 5 y art. 952. C. de Proc.

(2) Obra citada, t. 2.º, pág. 346.

(3) Nuestro Código admite, como regla general, que se aleguen estos vicios antes de cualquiera gestión principal, artículo 87.

to, (1) salvo el caso de que la alegación sobre el fondo sea subsidiaria. (2)

Sin embargo, el art. 173 del Código de Procedimiento Civil Francés expresamente admite estas nulidades aunque se haya deducido previamente la excepción de incompetencia y Glasson agrega a ésta las excepciones de falta de conexitidad y la litis pendencia. (3)

Como en nuestro Código la nulidad puede proponerse ante el juez de la causa o por vía de recurso en contra de la sentencia, ante los Tribunales Superiores. (4)

En la República Argentina, la jurisprudencia ha establecido que los reclamos de nulidades de actos de procedimiento y las resoluciones que no decidan un artículo ni causen gravamen irreparable, que se hayan dictado con violación de las formas y solemnidades prescritas por las leyes no admiten el procedimiento de los incidentes. (5) En ese país existen además los recursos de nulidad y de inconstitucionalidad, que pueden deducirse en contra de las sentencias.

---

(1) Civ. 5 de Abril de 1853; 17 de Nov. de 1897; 31 de Enero de 1912. Glasson t. 2.º pág. 345, nota 2.ª. Edic. 1926.

(2) Req. 24 de Nov. 1885, S. 86 1. 120; París 26 de Febr. 1901. 2. 76. Glasson pág. 345, nota 3.

(3) 30 de Oct. 1906 1. 222. Glasson, pág. 346, t. 2.º, nota 1.

(4) Pág. 345, t. 2.º

(5) Lascano, pág. 82. El Cód. Marroquí tampoco le da el carácter de incidente ordinario a las nulidades de procedimiento. Se da traslado por dos días y debe resolverse en otros dos. Arts. 606. Fábrega y Cortés. Proc. y práctica forense pág. 166, t. 2.º

En Francia y en Italia se establece el recurso de oposición que, según Mattirolo, es un recurso ordinario y especial, propio de las sentencias en rebeldías. (1) El recurso sólo puede oponerlo el demandado.

(1) Mattirolo, t. 2.º, pág. 37 Institutions.

CUARTA PARTE

LA NULIDAD EN EL DERECHO CHILENO

SUMARIO: Capítulo XVIII. *Fundamento de la nulidad en nuestro derecho.* El título preliminar y el art. 1681 del Cód. Civil y los arts. 87 a 89 y 942 del Cód. de Procedimiento. Trámites esenciales y vicios que anulan el proceso. Otros trámites esenciales. La audiencia al Ministerio Público, la consulta, la declaración de admisibilidad de las excepciones en el juicio ejecutivo.—Capítulo XIX. *Principios aplicados por la jurisprudencia a los actos procesales.* Sentencias favorables y contrarias a la doctrina.—Capítulo XX. *Requisitos substanciales de algunos actos de procedimiento.* Notificaciones, sus clases: personales, por cédula, por el estado, por los diarios. Número de orden en las causas. Embargos. Carteles, avisos y pregones. El art. 64, la firma en los actos procesales y en las sentencias. El juramento. Otros actos de procedimiento.—Capítulo XXI. *Leyes prohibitivas.*—Capítulo XXII. *Medios de hacer valer las nulidades.* Juicio contradictorio. Excepciones dilatorias, el incidente de nulidad, los recursos de apelación, de hecho, de queja, de casación, de revisión y de inconstitucionalidad. Instancia en que proceden. Juicio en rebeldía. La rescisión. Jurisdicción voluntaria.—Capítulo XXIII. *Personas que pueden deducir los recursos.*—Capítulo XXIV. *Nuestro proyecto de reforma.* Origen, comentario y ejemplos.

CAPITULO XVIII

Fundamento de la nulidad en nuestro derecho

LA teoría de las nulidades procesales que hemos estudiado en sus diversos aspectos, ha sido considerada entre nosotros con diversidad de criterio, mostrándose algunos partidarios de hacer aplicables a esta materia la disposición del art. 1861 del Código Civil que dice: «Es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley exige para la validez del mismo acto o contrato».

Los tribunales en diversas ocasiones aplicaron esta disposición a los actos de procedimiento (1) pero ha bastado un somero estudio del acto procesal para concluír que las reglas establecidas para la nulidad del Derecho Civil no los rige. Esta doctrina, universalmente admitida hoy día, se deduce del propio Mensaje del Código Civil.

En efecto, se dice en el Mensaje que: «Sobre la nulidad y la rescisión de los contratos y *demás actos voluntarios que constituyen derechos* se ha seguido de cerca al Código Francés... etc.

Como se ve, las nulidades del Código Civil se aplican a los actos voluntarios o contratos, es decir, rigen para las obligaciones contractuales; y

(1) Una sentencia de 1881 desechó una demanda de nulidad de un remate iniciada 17 años después de ejecutoriada la sentencia, porque se trataba de «una nulidad relativa», según los arts. 1682 y 412 del Código Civil. Ravest. Diccionario de Jurisprudencia, t. 1.º, p. 1144, N.º 2544.

basta saber que el acto procesal emana de la potestad del juez, esto es de la jurisdicción de los tribunales, para que se comprenda la razón de no aplicar a los actos de procedimiento la disposición del art. 1681 del Código Civil, y en general, las disposiciones del título que a dicha nulidad se refiere. (1)

Fundamentos en el Código Civil

Sin embargo, como no es posible que los tribunales resuelvan una cuestión legal sin que una ley expresa los autorice, debe buscarse el fundamento que debe servir al juez para declarar las nulidades, y este fundamento —a nuestro juicio—está en el título preliminar del Código Civil en la parte que se refiere a los efectos de las leyes.

En ese párrafo el Código distingue entre leyes prohibitivas y leyes que declaran una nulidad. Las primeras se rigen por el art. 10, que lo estudiaremos en capítulo aparte, y las segundas en el art. 11 que dispone: «Cuando la ley declara nulo un acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley».

En este artículo se habla de «acto» y después en el sentido general de «acto jurídico» y no en la acepción específica de «contrato» cuya nulidad se

(1) Recuérdense los argumentos del Dr. De la Colina.

encuentra reglamentada en los arts. 1681 y siguientes. (1)

Además estos artículos son de aplicación general, porque el Código no ha distinguido para determinar el efecto de las leyes entre la ley Civil y la ley Procesal; se refiere en términos generales a los «efectos de la ley» y donde la ley no distingue no es lícito hacer diferencias.

Fundamentos en el Código de Procedimiento

El art. 87 autoriza al juez para que rechace de plano un incidente formulado fuera de plazo «salvo que se trate de un vicio que anule el proceso o de una circunstancia esencial para la ritualidad o la marcha del juicio».

En esta disposición pueden los jueces fundarse para declarar una nulidad; pero ¿cuáles son los vicios que anulan el proceso y cuáles las circunstancias esenciales para la ritualidad o la marcha del juicio? No es fácil determinar esta cuestión, porque los primeros no han sido catalogados por la ley y en su determinación el criterio judicial juega el papel más importante. En cuanto a los segundos, el art. 942 nos suministra datos interesantes.

En efecto, dice esta disposición: El recurso de casación sólo podrá fundarse en alguna de las causales siguientes:... N.º 9.º: «En haberse faltado a algún

(1) En las actas del Cód. de Proc. se dejó establecido por el señor Lira que, para conceder a los jueces facultad para casar de oficio una sentencia, se había tenido en vista el art. 1683 del Cód. Civil y el art. 15 de la Ley de Nulidades. Laso, p. 807.

trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad». Más adelante, los arts. 962, 963, 967 y 972, disponen qué trámites son esenciales en única, primera o segunda instancia, en los juicios ordinarios de mayor o menor cuantía.

Trámites esenciales y requisitos esenciales

De la simple lectura de estas disposiciones puede concluírse que el Código se preocupó más de los *trámites esenciales de los juicios* que de los *elementos substanciales de los actos,* es decir, el Código sólo reglamentó una determinada clase de actos, procesales: los que importan trámites esenciales de los juicios. Fuera de estas disposiciones no hay en nuestro derecho reglas que determinen la labor del juez para declarar una nulidad; y por cierto que en ninguno de esos artículos se adopta alguna de las teorías que hemos estudiado.

Como hemos dicho, el Código se refiere más a los trámites de los juicios que a los requisitos de los actos de procedimiento considerados individualmente, no obstante que entre ellos pueden apreciarse las siguientes diferencias:

1.° Los trámites se refieren a condiciones de los juicios y marcan los diversos períodos porque pasa el proceso. Los trámites dan la idea de escalas o grados por que va pasando el proceso, pues se celebran unos después de otros, sucesivamente y en el orden indicado por la ley; el primero es el emplazamiento y el último es la citación para sentencia.

Los actos de procedimiento en cambio, en sentido general, constituyen toda gestión judicial que se practique ante los Tribunales de Justicia ya sea dentro o fuera de un juicio. Así por ejemplo, la anotación de las causas en el rol y la distribución de las mismas en los lugares asiento de Corte, las medidas prejudiciales o precautorias, las rendiciones de fianza, de prueba, las absoluciones de posiciones, los actos de jurisdicción voluntaria, las retenciones, inventarios, etc., no son trámites esenciales de los juicios, en el sentido dado por la ley a la palabra trámite; pero son actos procesales en cuanto constituyen actividades del proceso regidos por la Ley Procesal.

2.° Los trámites son condiciones que al faltar anulan la sentencia; en cambio, los requisitos esenciales de los actos anulan el acto en sí mismo sin producir efectos sobre otros actos del procedimiento, ni mucho menos sobre la sentencia.

Estas diferencias nos permiten concluír que los trámites esenciales de los juicios son una especie de actos procesales, reglamentados particularmente en el Código, porque el legislador le atribuyó efectos más importantes que a los demás actos del procedimiento.

Circunstancias y trámites esenciales

El art. 942 del Código de Procedimiento en el número 9.° autoriza la casación o nulidad de la sentencia en dos casos:

1.° Por haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley; y

2.º Por haberse faltado a cualquier requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

Analizaremos por separado estas dos situaciones.

El Código de Procedimiento, al hablar del recurso de casación, declara en los arts. 962, 967 y 972, qué trámites son esenciales; pero, ¿son estos los únicos *requisitos* esenciales para la validez del procedimiento?

A nuestro juicio no, porque en esos artículos lo único que hizo el legislador fué determinar taxativamente qué omisiones establecidas en el solo interés de las partes, motivan la nulidad de las sentencias.

El art. 942, a nuestro juicio, debe relacionarse con el art. 87 y, en consecuencia, distinguir en el proceso dos clases de vicios:

a) Vicios que recaen sobre requisitos que constituyen «circunstancias esenciales» para la ritualidad o la marcha del juicio; y

b) Vicios que recaen sobre requisitos cuyas omisiones anulan el proceso.

Las circunstancias esenciales de que habla el art. 87 son los trámites esenciales reglamentados en el recurso de casación y a su respecto el legislador ha razonado de la siguiente manera:

«De los vicios que anulan el proceso hay algunos que recaen sobre elementos de tal importancia que determinan su ritualidad y le dan forma al proceso; estos vicios son de tanto valor que la sentencia que falla el juicio puede ser equivocada; el juez no puede conocer a fondo del asunto que se discute si se cometen tales vicios y por eso es que declaro trá-

mites esenciales esos requisitos y dispongo que su omisión anule la sentencia». Tal ha sido—en nuestro concepto—el raciocinio que se ha hecho el legislador.

Razonando de esta manera es como podemos explicarnos la aparente contradicción de que la nulidad de la sentencia pueda pedirse, únicamente, fundándose en un fallo anterior que haya denegado la petición de nulidad: el legislador ha pensado que ese rechazo anterior en nada afecta la procedencia de una nueva petición, porque, precisamente, la ocasión de apreciar la falta de un trámite esencial es cuando se ha dictado la sentencia. El reclamo anterior no tiene otro objeto que evitar un falso desarrollo de jurisdicción; no evitándose por los medios ordinarios, la parte tiene a salvo el derecho de atacar la sentencia misma: los recursos ordinarios tratan de evitar se dicte una sentencia nula; la casación anula la sentencia ya dictada.

Como hemos dicho, estos trámites están establecidos en el solo interés de las partes y es por eso que el legislador exige la interposición de todos los recursos legales y por todos sus grados para que más tarde tenga el derecho de pedir la nulidad del fallo. El art. 957 establece este reclamo como indispensable para hacer procedente el recurso.

Sin embargo, aunque la parte no reclame, puede ser tan burda la falta, que el legislador teme se consagre una injusticia, y es por eso, que en beneficio de la buena administración de justicia, ha reglamentado la casación de oficio. Tal disposición ha tenido en vista el orden público.

El recurso de casación es formalista, estricto y

solemne, por cuyo motivo se han enumerado las únicas condiciones que, establecidas en beneficio particular, autorizan la nulidad del fallo. Por este motivo, buscar causales de casación fuera de los artículos que establecen los trámites esenciales, enumerados taxativamente, es pretender que este recurso no es solemne y que la enumeración que hace el Código no es taxativa. (1)

Confirman esta afirmación nuestra, la forma en que la ley se expresa. Dice: «En general son trámites esenciales», etc., lo que importa decir: Por regla general, son esenciales, los trámites que autorizan la casación. Esto nos hace concluír que, fuera de las circunstancias que autorizan la casación, hay otras también esenciales que no son «trámites esenciales» del juicio, no anulan la sentencia sino el procedimiento, y si de ellas no se reclama oportunamente, la sentencia definitiva sanea todas esas faltas ocurridas en la instancia. (2)

Esto es lo que dispone el art. 87 que, al hablar de las circunstancias esenciales que marcan la ritualidad del proceso, les ha dado el poder de anular el procedimiento, agregándole en seguida el recurso de casación, el poder de anular también la sentencia.

Vicios que anulan el proceso

Pero la situación de los vicios que «anulan el proceso» es diferente.

---

(1) No se olvide que los trámites esenciales son en general de orden privado.

(2) C. Alemán, art. 492. Las nulidades del procedimiento de primera instancia no pueden ser propuestas en causa de apelación, sino cuando, en virtud de disposiciones del párrafo 267, la parte ha perdido ya el derecho de invocarla en primera instancia.

Ellos no marcan la ritualidad del proceso ni son esenciales para la validez de la sentencia; pueden entorpecer el criterio del juez, pero no la marcha del juicio, y es por eso que no autorizan una reposición del proceso, sino cuando son esenciales para la validez de actos posteriores, consecuencias de ellos mismos; ni tienen el poder de anular el fallo, el cual por el contrario sanea todas esas nulidades.

Si no diéramos esta interpretación al art. 87 tendríamos que concluír que es redundante, pues, si «vicios que anulan el proceso» y «circunstancias esenciales para la ritualidad o la marcha del juicio» son una misma cosa, ambos autorizarían la casación, y en consecuencia, este recurso perdería su carácter formal y las causales aumentarían considerablemente. El legislador no pudo repetir un mismo concepto, redundando en un mismo artículo y en una misma frase.

Hay, pues, en el procedimiento otras condiciones que son requisitos indispensables para la realización de actos individuales, que a su vez contribuyen a formar el proceso sin que constituyan «trámites esenciales». Así por ejemplo, no hay juicio si no hay demanda, no hay demanda si no se reunen en ella las condiciones exigidas por la ley; y para el demandado ésta no existe si no media emplazamiento, y no hay emplazamiento sin un acto de citación y un transcurso de tiempo legal, etc., etc.

Muchos de estos actos son esenciales para la «validez del proceso» sin motivar por cierto una casación.

La cuestión se ha suscitado en los juicios en re-

beldía. Algunos jueces, corrientemente, en estos juicios, no dan traslado de la contestación a la demanda, sino que reciben la causa a prueba. A nosotros nos parece que este procedimiento es vicioso porque el art. 81 es claro al establecer que la rebeldía en primera instancia produce el efecto de dar «por evacuado el trámite». Y si se acusa rebeldía de la contestación de la demanda y no se da traslado para replicar, resulta que se dan por evacuados dos trámites, extendiéndose los efectos de la rebeldía a otros actos no autorizados por la ley.

Sin embargo, algunos jueces opinan que no habiendo contestación de la demanda no hay escrito de que dar traslado; pero esto nos parece falto de base y de filosofía del derecho. Que el rebelde no conteste la demanda no significa que acepte los hechos; la prueba está en que, a pesar de la rebeldía, si el actor no prueba su demanda no se le puede reconocer el derecho que alega. Pero además de contrariar el art. 81, esta teoría pugna con las disposiciones del art. 302 que reconoce a las partes el derecho de ampliar, adicionar o modificar sus acciones y excepciones, etc., pues, si no se da traslado de la contestación en rebeldía se perjudica al actor que no puede ampliar, adicionar o modificar su demanda, y se perjudica al reo, porque puede duplicar sin que haya contestación expresa de su parte. Ni aún en los casos de aceptación de la demanda permite el Código suprimir esos trámites, pues establece que «cuando no se contradicen en materia substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandará citar a las partes

para oír sentencia definitiva, una vez evacuado el traslado de la réplica». (1)

En el caso propuesto, a nuestro juicio, la omisión de la réplica y dúplica son vicios que anulan el proceso, en los juicios en rebeldía, y procede el incidente de nulidad de acuerdo con los arts. 87, 88 y 437, pudiendo alegarse este derecho aún después de citadas las partes para sentencia. Y precisamente, pensamos que el principio filosófico del cítese para sentencia es evitar en lo posible que se dicte un fallo a base de un proceso nulo; este trámite tiene entonces por objeto advertirle a las partes que se va a dictar sentencia para que hagan valer sus derechos que más tarde no podrían alegar.

Como puede verse, hay ciertos vicios que anulan el proceso, pero la ley no los ha catalogado como lo hizo en el recurso de casación, ni tampoco ha dispuesto expresamente para cada uno de ellos la sanción de nulidad, ni podría hacerlo, porque la parte segunda del art. 942 N.° 9.° autoriza el recurso de casación «por cualquier requisito que las leyes hayan sancionado expresamente con la nulidad», de tal manera que al disponer esta sanción se aumentarían en gran número las causales de la casación de forma, y el carácter formal del recurso sería un mito.

En muy pocos casos la ley pronuncia expresamente una nulidad. Un ejemplo lo tenemos en el art. 55 que declara que no son válidas las anotaciones del estado diario pasado seis meses sin que se

(1) Planteamos esta cuestión sin que fuera resuelta; el juez declaró la nulidad por otras causales. Singer con Cherniack 2.° Juzgado Civil, Santiago. Noviembre 1927.

dicte resolución alguna en el proceso, mientras no se notifique por cédula o personalmente.

Como el Código habla de vicios que «anulen el proceso» sin decir cuáles son éstos, debemos concluír que no sólo tienen este carácter aquellas omisiones expresamente señaladas por la ley con la sanción de nulidad, sino también en los casos en que se falte a un elemento esencial de un acto de procedimiento. Por eso pensamos que en los juicios en rebeldías procede la nulidad de lo obrado cuando se omite la réplica y dúplica, porque estos trámites son esenciales para la recepción de la causa a prueba, la cual sólo es procedente cuando se han evacuado los traslados de todos los escritos anteriores a ese trámite, así como el cítese para sentencia sólo procede cuando se han presentado todos sus alegatos, o se han evacuado en rebeldía, art. 436.

Del estudio anterior deducimos que se vicia el proceso cuando:

1.° Se falta a un «trámite esencial del juicio». Estos motivan también la casación de la sentencia;

2.° Cuando se omite la formalidad de un acto sancionado expresamente con la nulidad, como en el caso del artículo 55; y

3.° Cuando se omite una «circunstancia esencial para la validez de un acto de procedimiento», considerado respecto de otros actos, pero no de la sentencia, como por ejemplo, cuando se omite la réplica y dúplica en los juicios en rebeldía, los alegatos de bien probado, cuando no se autoriza un acto por el funcionario competente en los casos del art. 64 inc. 3.°, cuando se hace el embargo por el receptor

sin hacer la entrega real o simbólica al depositario. (1)

Hemos analizado hasta aquí una de las dos situaciones contempladas por el art. 942 N.º 9.º: la de los trámites esenciales. Estudiaremos ahora la segunda parte o sea:

Cualquier requisito sancionado expresamente con la nulidad.

Requisitos sancionados con la nulidad

En el art. 942 la palabra requisito es sinónima de trámite y debe por lo tanto referirse a condiciones del juicio sancionadas expresamente con la nulidad, y nó a requisitos de un acto considerado individualmente. (2)

Partiendo de esta base, sólo procede casación en contra de la sentencia, cuando la omisión importa viciar «un requisito», esto es, un trámite sancionado expresamente con la nulidad; por esta razón el art. 55 a que nos referimos anteriormente, no autoriza este recurso, sino cuando la anotación en el estado diario importa no efectuar un trámite esencial, y por eso en un considerando de una sentencia de segunda instancia se dice:

Que no siendo válida la notificación practicada, resulta que el recurrente no ha sido **citado para sentencia**, incu-

(1) Jurisp. Concep. G. 1904, 2.ª Sala, p. 443, S. 1394; Concep. G. 1909, p. 408, S. 956.

(2) Ya hemos advertido la diferencia entre trámite y acto procesal.

rriéndose así en la causal de casación N.º 5.ª del art. 971 y 942 N.º 9. (1)

Como puede leerse, se acogió el recurso por no citarse para sentencia, pero no por haberse faltado a un requisito sancionado con la nulidad. Esto nos justifica la doctrina que sostenemos, y de acuerdo con ella podemos formular como principio, *que no procede casación cuando se falta a una ley que dispone expresamente una nulidad, sino cuando esa omisión importa no efectuar un trámite esencial del juicio,* porque los casos de nulidades expresas contenidos en el Código, no son de *requisitos del juicio* sino condiciones del acto procesal considerados individualmente en cada caso.

Con este criterio se dispone en el art. 651 que pueden impugnarse los acuerdos que se adopten en la primera junta de acreedores, como en las posteriores, por defectos de formas establecidos para la convocación y celebración de la junta.

Si se falta a este artículo y no se declara nula la junta, no procede casación de forma en contra de la sentencia, porque tal nulidad no importa haberse faltado a un trámite esencial de un juicio. Procedería la casación de fondo.

Esta segunda parte del art. 952 no llena ningún fin práctico y se presta sólo a interpretaciones equivocadas. Basta registrar la jurisprudencia para convencerse de que siempre al aplicarse este artículo se ha buscado por el lado de los trámites esenciales (2). Parece que el legislador temió con-

(1) G. 1904, 2.ª Sala, p. 443, S. 1913.
(2) C. de Cas., g. 1090, p. 149, S. 97.

tradecirse, si establecía, como únicas causales del recurso de casación, por vicios en el procedimiento, los trámites esenciales y dejaba en el Código alguna disposición que estableciera la nulidad de un trámite que, aunque no fuera esencial tuviera por resultados la admisibilidad del recurso. Con el fin de completar la casación y no dejar aisladas disposiciones que, no estando tratadas en el título respectivo autorizaran el recurso, dictó el artículo que habla de los requisitos sancionados expresamente con la nulidad; pero lo cierto es que estos requisitos no existen en el Código, pues las nulidades expresas autorizan la casación sólo cuando importan trámites esenciales (1)

La discusión se ha presentado con frecuencia respecto de la audiencia al Ministerio Público. Algunas sentencias han considerado que éste es un trámite esencial, (2) y otras opinan que no procede el recurso por esta causal ya que no es «trámite esencial» ni la ley ha dispuesto que su omisión produce nulidad del procedimiento. (3)

Pero frente a esta interpretación cabe hacer una pregunta: ¿Las leyes de orden público no son siempre esenciales? ¿Y si una ley de orden público establece un requisito cualquiera que sea, no es por este solo hecho, esencial?

---

(1) Véase Otero y Laso Jurisp. al art. 942, N.º 9.

(2) Cuando es parte la Municipalidad: S. 215, pág. 1986. g. 1913 S. 369, pág. 1039, C. 1914 y aún de oficio S. 187, pág. 572, C. 1913. Cuando es parte el Fisco S. 21, pág. 71, G. 1913. Cuando se trata de estado Civil S. 1133, p. 1906, pág. 794.

(3) G. 1910, t. 2.º, p g. 92, S. 719 y G. 1913, pág. 3078, S. 1063.

Debemos recordar que los mismos sostenedores de la doctrina de los elementos esenciales reconocen la imposibilidad de hacer aplicable esta teoría cuando se trata de una ley de orden público. (1)

Faltaría entonces establecer si la audiencia al Ministerio Público es o nó una disposición de orden público, y pensamos esto último porque la creación de esta norma tiene por objeto tutelar los intereses fiscales que son los de la nación toda y por lo tanto, fuera de todo convenio o renuncia particular (2). Somos de opinión que las partes no podrían ponerse de acuerdo para no darle audiencia al Ministerio Público en los casos establecidos por la ley, y si no pueden hacerlo, menos se puede presumir su renuncia en el silencio de las partes y debe concluirse entonces que es esencial la intervención de estos funcionarios en los casos que la ley lo ordena, porque su mandato está regido por una ley imperativa de orden público. (3)

Podría objetarse que para hacer procedente la casación es necesario un reclamo previo que agote todos los recursos ordinarios, pero es fácil darse cuenta que tal exigencia es para los *trámites esenciales que son disposiciones de orden privado;* y aún estos admiten la posibilidad de no necesitar este reclamo; tal sucede en la casación de oficio, que si bien es una facultad discrecional de los tri-

(1) En el mismo sentido todos los tratadistas, Chauveau, t. 2.º, N.º 739; Japiot, artículo citado.

(2) Esto sucede en los juicios en que es parte el Fisco o las Municipalidades.

(3) Véase el juicio en rebeldía. Importancia del emplazamiento.

bunales, revela la importancia que da el legislador al estricto cumplimiento de las formalidades del procedimiento, cuando a pesar de tratarse de leyes de orden privado, en determinadas ocasiones, permite la falta de reclamo previo. Si esto sucede con trámites de tal naturaleza, qué puede decirse de los reglamentados por una ley de orden público? La razón la encontramos de nuestra parte.

Podría formularse aún otra objeción, pretextando que el Código exige no sólo que el trámite sea esencial, sino que la ley lo declare así expresamente; pero insistimos que esta exigencia no puede hacerse tratándose de leyes de orden público que son esenciales por naturaleza, por cuya razón no es necesario que estas leyes aparezcan enumeradas en el art. 942.

La cuestión estriba entonces en determinar si la audiencia al Miniserio Público es de orden público, y creemos que tiene este carácter, porque con esta audiencia o se tutelan intereses fiscales, o se protegen derechos de personas incapaces que al no tener facultad de ejercitar y defenderse de acciones judiciales, la única garantía seria de que sus derechos serán respetados, es la ley, que para dichos efectos ha creado la institución del Ministerio Público.

Hemos visto en el estudio de cada sistema de nulidad, cómo todos los tratadistas están de acuerdo que una nulidad de orden público autoriza su reclamo por primera vez en casación. Vemos entonces confirmada la teoría que defendemos.

La consulta

En cuanto al trámite de la consulta que se exige en ciertos juicios, es también una condición esencial; pero con una diferencia: la sentencia que haya omitido tal requisito no es nula, no podría atacarse por casación, sino que ella no produce cosa juzgada, porque la consulta es posterior al fallo. Se trata en este caso de una sentencia perfectamente válida, pero cuyos efectos quedan en suspenso mientras no se llene la condición de la consulta que es esencial para que el fallo pueda cumplirse.

La declaracion de admisibilidad en el juicio ejecutivo.

Pero si opinamos que la audiencia al Ministerio Público autoriza una casación, rechazamos en cambio la jurisprudencia que ha acogido casaciones por faltar la declaración de admisibilidad de las excepciones en el juicio ejecutivo. (1)

Esta existencia parece no tener otro alcance que el de evitar a las partes pruebas inútiles; pues la declaración de admisibilidad atiende a si las excepciones fueron interpuestas en tiempo y forma, y si no lo han sido, toda prueba que se rinda es inoficiosa. Por eso algunos creen ver en esta declaración una aplicación del principio moderno de la

---

(1) S. 719, pág. 80, t. 2.º, G. 1907.

En contra. Véase Otero, pág. 1950, t. 2.º, edic. 1919, caso 22 del art. 942.

economía de la prueba, que tiende a evitar toda diligencia probatoria inútil para el fallo del asunto.

Pretender que esta exigencia legal y otras de la misma índole autorizan el recurso de casación es desconocer su carácter formal y estricto.

Del estudio anterior podemos concluír lo siguiente:

1.° Que por el recurso de casación se obtiene la nulidad del procedimiento y de la sentencia en dos casos: Cuando se falta a un trámite declarado esencial por la ley; y cuando se viola una ley procesal de orden público, aunque no se disponga expresamente que se trate de una circunstancia esencial;

2.° Que el art. 942, N.° 9, al reconocer también como causal de casación la falta de un requisito sancionado con la nulidad, no contiene un concepto exacto, porque no hay tales requisitos en el Código y, porque en los casos en que se quiere fundar una casación por la falta de tales elementos, debe acreditarse que la omisión del requisito sancionado con la nulidad importa no efectuar un trámite esencial; sin embargo, hay algunas excepciones en las leyes prohibitivas de que luego hablaremos; y

3.° Que dicho artículo al disponer la procedencia de la casación, pretendió desarrollar el art. 87, en la parte que se refiere a los vicios que anulan el proceso y que al no hacerlo, dejó para tales vicios, como único recurso, el incidente de nulidad de que habla el art. 87, precitado, en las condiciones que limita el art. 437 del C. de P. C.

CAPITULO XIX

Jurisprudencia de nuestros Tribunales

La cuestión de las nulidades procesales se ha planteado entre nosotros con frecuencia, a propósito de las adjudicaciones judiciales efectuadas a favor del Banco Hipotecario. En los juicios ejecutivos seguidos por este Banco, no siempre se cumplieron las formalidades del procedimiento, especialmente en lo que se refiere a los remates de los bienes embargados.

La sucesión de los deudores iniciaron años después de quedar afinados estos juicios, demandas de nulidades a pretexto de que no se habían tasado los bienes embargados, ni se habían publicado avisos o fijado carteles y pregones para proceder al remate de los bienes.

La Jurisprudencia en un principio estableció que la tasación pericial era un requisito exigido por el Código Civil, que había derogado las leyes de 8 de Febrero de 1837 y de 29 de Agosto de 1855 (1).

Pero se comprendió en seguida el error y los tribunales cambiaron de doctrina, porque la propia actividad desplegada por el Ejecutivo para reglamentar las leyes aludidas, después de la dictación del Código Civil, demostraban que este Código no había derogado la ley de nulidades de 1837 ni la ley que creó la Caja Hipotecaria. Así fué resuelto

(1) Ley de nulidades y Ley de la Caja Hipotecaria.

en la sentencia N.º 359, p. 523, Gac. de 1912; revocatoria de la 1.ª instancia. (1)

Considerando 8.º «Que tratándose de una ley especial y de particulares privilegios, esas disposiciones no pueden estimarse derogadas por el Código Civil, ni es de suponer que tal fuera el propósito del legislador que la dictaba en los precisos momentos en que se daba término a la revisión del Código que se promulgó meses después como ley de la República».

Partiendo del error de considerar la tasación pericial como un requisido exigido por el Código Civil diversos fallos sentaron como doctrina:

Considerando 15. Que son cosas absolutamente diversas las actuaciones o diligencias que tienen por objeto dar curso progresivo al juicio ejecutivo aún aquellas que ordenan el remate de los bienes embargados o que se adjudiquen al acreedor, con la adjudicación misma como contrato, y no porque el deudor no reclame de las actuaciones efectuadas dentro del mismo juicio, puedan quedar saneados los vicios de nulidad de que pueda adolecer el contrato y extinguir las acciones que para reclamar la nulidad concede la ley;

Considerando 16. Que la tasación por peritos, para la adjudicación en pago de los bienes embargados no es un trámite, actuación o diligencia del proceso ordenado por la ley de procedimiento, sino que, como se ha expresado, un requisito exigido por la ley substantiva para la validez de la adjudicación y cuya omisión la vicia la nulidad. (2)

La Corte de Apelaciones confirmó esa sentencia. (3)

---

1) Igual doctrina. Concep. 21 de Mayo de 1907. (Véase Otero p. 61, t. 1.º).

(2) Santiago, 3 de Abril de 1914.

(3) 14 de Agosto de 1920.

Considerando: Que no se ha producido cosa juzgada por el hecho de ordenarse el remate en el juicio anterior porque esa resolución es de carácter procesal y no se refiere a la nulidad que ahora se invoca.

Diversos fallos de primera instancia repitieron la doctrina y la Corte de Apelaciones confirmó en algunos casos esas resoluciones, y aún, la Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo, declarando la inexistencia jurídica del remate.

Sin embargo, cuando se estudió la cuestión serenamente, se tuvo que cambiar la doctrina y aceptarse lo que una sentencia exponía en sus considerandos:

3.º Que, en general, las actuaciones producidas en juicio, sometidas como están a las leyes de procedimiento, no pueden invalidarse sino en la forma y por las causales que ellas determinan;

4.º Que dichas actuaciones, y particularmente las resoluciones judiciales, no participan de las condiciones jurídicas de los actos o contratos regidos por el Código Civil y les son, por tanto, inaplicables los preceptos de este Código que definen y reglan la nulidad y la rescisión;

5.º Que esta apreciación, derivada de la propia naturaleza de tales actuaciones y de la sanción particular establecida en la ley procesal para los vicios del procedimiento, se encuentra confirmada por el art. 1348 del Código Civil, que establece que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, disposiciones que carecerían manifiestamente de objeto si las actuaciones judiciales pudieran anularse o rescindirse en conformidad a las prescripciones del título XX del libro IV del Código citado;

6.º Que así se deduce también del art. 980 N.º 3.º del Código de Procedimiento Civil, que autoriza el recurso extraordinario de revisión contra sentencia firme por causales que impor-

tan vicios manifiestos de nulidad de un contrato, como son la violencia y el dolo, y, sin embargo, el artículo siguiente señala el plazo fatal de un año para interponer dicho recurso, y sería sin duda inútil la fijación de tales plazos, si las resoluciones judiciales fueran susceptibles de ser atacadas por la acción ordinaria de nulidad establecida en el art. 1681 del Código citado;

7.º Que si bien hay actuaciones judiciales determinadas, como las adjudicaciones en los juicios divisorios, la subasta de los bienes embargados y otras análogas que constituyen verdaderos contratos, de ordinario extraños a la materia discutida en el pleito, y que en ese carácter pueden sin duda invalidarse por la vía de nulidad establecida en el Código Civil, es también cierto que lo serían sólo por las causales que el mismo Código señala como antecedente necesario para anular o rescindir los actos o contratos; y en ningún caso, por defectos de procedimiento a menos que éstos importaran en realidad vicios peculiares del contrato;.

8.º Que el decreto de posesión efectiva de la herencia no se encuentra comprendido entre las excepciones a que se alude el fundamento que precede y es, por lo tanto, inaplicable a su respecto la acción de nulidad ejercitada en la demanda.

Redacción del Ministro señor Barriga.—E. Donoso, Felipe Herrera, J. Salinas, Luis Barriga, O. Vial.—Secretario. (Ultimas Noticias de 1911.—Otero, págs. 44 a 46, t. 1.º).

Llevada la cuestión hasta la Corte Suprema, ésta, por sentencia N.º 1055, p. 569, estableció en el considerando:

7.º Que la tasación pericial, la fijación de carteles y publicaciones de avisos en los diarios no son formalidades propias de la materia o naturaleza del contrato de venta, y si se exigen como necesarias en el juicio ejecutivo para proceder a la enajenación forzada de los bienes embargados es a título de actuaciones o diligencias del proceso, con el fin de dar garantías al deudor de que sus derechos no pueden ser menoscabados en el acto de verificarse la subasta; y por consiguiente,

si estas actuaciones o trámites del proceso no se llevan a cabo en una forma correcta, faltándose a la ritualidad que la ley ha señalado para el caso, la parte agraviada ha debido reclamar oportunamente dentro del mismo juicio para que se enmiende y corrija el procedimiento entablando los recursos legales. (1 v. en c.)

Después de esta sentencia, la Corte Suprema, volviendo sobre la misma cuestión, rechazó un recurso de fondo consagrando en forma definitiva la verdadera teoría.

En la sentencia N.° 52, p. 270, G. 1921, t. 1.°, se sentó la siguiente doctrina:

La simple infracción de leyes de procedimiento cometida en un juicio, no pueden aducirse ni tiene influencia en lo dispositivo de la sentencia que se dicte en otro, sino en cuanto esas infracciones costituyen la causa inmediata y directa de la nulidad que se alega en la demanda.

Esas infracciones, de orden jurídico procesal, están sancionadas por la legislación especial que las rige, con la nulidad del procedimiento o con otros efectos diversos.

Las disposiciones del Código Civil, que reglan la naturaleza y efectos de la nulidad, en cuanto es un modo de extinguir las obligaciones, se refieren a los contratos y demás actos voluntarios que constituyen derecho y no rigen, en tesis general, la nulidad o validez de los actos en que interviene una autoridad o Poder Público, como las actuaciones o resoluciones que tuvieron por resultado la adjudicación de un fundo, que se realizó en ejercicio de la jurisdicción y por ministerio del Juez Letrado correspondiente.

Si se aplicaran a los actos y resoluciones judiciales, además de las disposiciones del Código de Procedimiento que regla su validez, los principios y normas que constituyen el sistema de las nulidades en Derecho Civil, se contrariaría abiertamente la naturaleza y propósitos de la legislación procesal que propende, por sus fines, a mantener la inmutabilidad de lo obrado y declarado por el Poder Judicial, salvo los casos que taxativamente señalan las leyes que reglamentan las funciones de ese Poder.

Entre las sentencias más importantes que han acogido o rechazado la doctrina se encuentran las que agrupamos de la manera siguiente:

PRIMER GRUPO.—SENTENCIAS QUE ACOGIERON LA NULIDAD.

a) Sentencias de primera, confirmadas en segunda instancia:

1-19 V 1898, confir. 2 de Julio 1900, G.'1900, t. I p. 850, S. 906.

2-28 X 1897, confir. 2 de Agosto 1901, G. 1901, t. I p. 185, S. 1913.

3-7 VI 1811, confir. 8 de Agosto 1911, G. 1911, t. I p. 1274, S. 749.

4-28 X 1912, confir. 11 de Enero 1915 (1).

5-3 IV 1914, confir. 14 de Agosto 1920. (Otero t. V p. 7 N.º 3).

b) Sentencias de primera instancia revocadas en segunda:

1-26 de Agosto de 1899, G. 1900, t. I p. 590, S. 1900.

(1) A. Fernández Pradel. Informe en Derecho. Juicio Rodríguez con Figueroa, año 1915, p. 76.

2-11 de Dic. de 1900, G. 1901, t. I p. 310, S. 338.
3-30 de Dic. de 1904, G. 1906, t. I p. 244, S. 126.
4-16 de Sept. de 1905, G. 1909, t. I p. 855, S. 538.
5-12 de Dic. de 1905, G. 1906, t. I p. 455, S. 266.
6-28 de Agosto de 1907, G. 1907, t. II p. 1021, S. 1215.
7-11 de Enero de 1908, G. 1908, t. II p. 521, S. 304.
7-30 de Mayo de 1908, (1).
9-21 de Febrero de 1910, revocada por la de 30 de Agosto de 1911.
10-9 de Enero de 1911, G. 1912, t. I p. 522, S. 353 (2).
11-7 de Nov. de 1911, revocada por la de 17 de Mayo de 1911 (3).
12-18 de Dic. de 1912, revocada por la de 30 de Noviembre de 1913 (4).

c) Sentencias de la Corte Suprema:

1-24 de Abril de 1911. Declaró la inexistencia jurídica del remate.

Segundo grupo.—Sentencias que rechazaron la nulidad.

a) Primera instancia confirmadas en segunda:

1-18 I 1899, confir. 24 III 1902, G. 1902, t. I p. 648, S. 631.
2-29 IV 1899, confir. 14 VIII 1902, G. 1902, t. II p. 350, S. 1970.
3-24 III 1902, confir. 12 XII 1902, G. 1902, t. II p. 1562, S. 3175.
4-6 X 1902, confir. 17 XI 1902, G. 1902, t. II p. 1738, S. 3340.
5-5 XII 1903, confir. 24 VIII 1906, G. 1906, t. I p. 1047, S. 643.
6-16 VII 1910, confir. 2 XII 1910, G. 1911, t. II p. 1149, S. 1395.
7-1 VIII 1913, confir. 3 XII 1913, G. 1913, t. II p. 3065, S. 1057.

(Notas 1 al 4): Véase Otero, t. 1.º, Jurisprudencia al art. 1.º

8-9 IV 1908, confir. 3 VI 1913, (Otero t. I p.)
9-24 IX 1909, confir. 8 VIII 1911, (Otero, t. I p.)
10-5 VI 1912, confir. 11 X 1913, (Otero t. I p.)
11-18 XII 1912, confir. IX 1913, (Otero t. 1 p.)
12-10 I 1914, confir. 19 IV 1917, (Otero t. I p.))
13-10 I 1917, confir. G. 1918, t. III p. 1045, S. 341.

b) *Sentencia de segunda instancia que rechazaron las de primera que acogían la nulidad*:

Los 12 casos de la letra *b*) del primer grupo.

c) *Sentencias de la Corte Suprema*:

1) S. 1055, p. 569 G. 1912 (3 v. en c.)
2) S. 52, p. 270 G. 1921.

RESUMEN.

Acogiendo la nulidad: 5 sentencias confirmadas en 2.ª.
Rechazando la nulidad: 25 sentencias de segunda instancia.
Estas 25 corresponden a 13 confirmatorias de primera instancia y a 12 revocatorias de las de primera instancia.

CAPITULO XX

Requisitos substanciales de algunos actos de procedimiento

En este capítulo haremos un estudio de la jurisprudencia de nuestros tribunales frente a la doctrina de los elementos esenciales de los actos de procedimiento.

En cuanto a la teoría nos remitimos a lo dicho en el capítulo X de la segunda parte. La Jurisprudencia ha debido llenar los vacíos del Código interpretando cuándo procede declarar una nulidad.

Así, por ejemplo: en cuanto a las notificaciones, se ha resuelto que cuando ella es procedente por el estado es esencial la constancia n el proceso (1) y todas las exigencias del art. 53, menos el envío de la carta certificada (2) y es nula también si no se consigna en el estado la fecha de la resolución, (3), salvo que lo autorice el tribunal (4); y si no se expresa el apellido del notificado (5); es también nula, la que se notifica durante el feriado y sin dar aviso por carta (6); la que se ordena sin tener la causa número de orden; (7) la que se incluya enmendando el estado (8), etc.

En cuanto a la fecha que debe llevar el estado, se ha resuelto que su falta no anula la notificación, porque puede subsanarse por el timbre del secretario puesto en él (9).

---

(1) Tca. ap. G. 1903, t. 1.º, p. 1251, s. 1178; Santi. ap. 19 de III de 1911 (u. v. en c.) Tca. ap. G. 1905, t. 1.º, p. 832, s. 521; Valp. apel. G. 1911, t. 2.º, p. 557, s. 1054 (u. v. en c.) En contra: Valp. G. 1904, t. 2.º, p. 847, s. 1704; en el sentido de que la constancia en el proceso no anula la notificación. Talca ap. G. 1914, p. 1411, s. 519.

(2) Cas. 30-X-G. 1909, t. 2.º, p. 423, s. 969; Sant. ap. G. 1910, t. 2.º, p. 15, s. 679; Cas. 14-IX-G, 1904, t. 2.º, p. 642, s. 1534;

(3) Cpción. G. 1904, t. 2.º, p. 800 y 816, ss. 1659 y 1666.

(4) Tca. ap. G. 1909, t. 2.º, p. 310, s. 880.

(5) Tca. ap. G. 1909, t. 2.º, p. 396, s. 947, (u. v. en c.).

(6) Sna. ap. G. 1913, t. 2.º, p. 1943, s. 600.

(7) Cpción. G. 1911, t. 1.º, p. 949, s. 565, y G. 1904, t. 1.º, p. 138, s. 135. Cas. 12-X-1905. Rev. t. 3.º, S. 1, p. 155, (no es trámite esencial, pero puede influir en la notificación por el estado).

(8) Valp. G. 1912, t. 1.º, p. 56, s. 26.

(9) Muñoz con Hernández, N.º 2402, 1910, Santiago.

Nos parece que es extremar demasiado las formalidades del proceso, exigir para la validez de la notificación por el estado, el envío de la carta. Los litigantes tienen la obligación de concurrir a los tribunales a imponerse del estado del juicio, y el aviso por carta no es sino una garantía independiente de la notificación misma, la cual se ha practicado por el hecho de incluirse en el estado y se ha probado su inclusión por dejar constancia en el proceso. Estos dos últimos elementos son esenciales.

También somos de opinión que la falta del número de orden en la notificación no es un requisito indispensable para su validez; esta formalidad ha sido creada con otros fines, más bien de carácter administrativo, para los efectos de saber el número de causas de cada juzgado y tomar las medidas necesarias al respecto. La prueba más evidente de la falta de carácter esencial de esta exigencia, es que ningún litigante ni abogado, sabe el número que tiene la causa que defiende, porque ellas se conocen por los apellidos de las partes. Esto nos permite creer que las resoluciones dictadas en sentido contrario no se ajustan del todo al verdadero fin de las formalidades del proceso.

Así lo ha reconocido una sentencia (1).

Respecto de la notificación personal especial de que habla el art. 47, se ha resuelto que es esencial que se acredite la morada del notificado (2).

En cuanto a la notificación personal del art. 43,

(1) Cpción. G. 1914, t. 2.º, p. 1930, s. 669.
(2) Exp. Lamas con Stichfin, N.º 368, 1912.

pensamos que es esencial la entrega de la copia íntegra del escrito y de la resolución, y la constancia en el proceso con los requisitos del art. 46. (1)

La jurisprudencia ha sido muy estricta en la interpretación del art. 44 al declarar nulas las notificaciones efectuadas en otros lugares de los señalados por ese artículo, (2) porque puede efectuarse en cualquier lugar donde se encuentre al notificado, ya que la ley no prohibe que se proceda en esta forma, ni establece que esas sean las únicas partes donde pueda notificarse válidamente, lo único que dispone es que «podrá hacerse» la notificación en esos lugares; pero no dice que «deberá hacerse». Si la notificación personal es el medio más seguro de poner en conocimiento del notificado una resolución judicial, poco importa el lugar donde se le haga saber esa resolución; sin embargo, se ha extremado tanto el rigor de ese artículo que la jurisprudencia ha resuelto que los receptores no pueden notificar en el oficio del secretario, sin fundamento legal alguno a nuestro juicio. Lo que hay de verdad al respecto es que el secretario no puede hacer notificaciones fuera del recinto de su secretaría. (3)

En cuanto a la notificación especial del art. 47—que es una forma de notificación personal—es in-

---

(1) Gac. 1911, t. 1.º, p. 677, s. 390; G. 1906, t. 2.º, pág. 913, s. 1187. Apel. de 23 de Junio de 1904. Rev. t. 1.º, p. 507. Se establece también que la indicación del lugar no sólo se refiere a la ciudad o aldea, sino a su habitación.

(2) Tca. ap. G. 1913, p. 1057, s. 334. La que se efectúa en el Congreso a los Diputados y Senadores.

(3) Valp. G. 1904, t. 1.º, p. 410, S. 389.

dispensable que el receptor busque al notificado en dos días distintos, que se deje constancia en el proceso de haberse efectuado estas buscas en días y horas hábiles; que se rinda información sumaria, acreditando que la personal que se quiere notificar se encuentra en el lugar del juicio y cuál es su *morada.* (1)

En la notificación por cédula es esencial entregar al notificado, por un Ministro de fe, una copia íntegra de la resolución que se notifica y los datos necesarios para su acertada inteligencia (Art. 51, inc. 1.º), como también la constancia en el proceso de haberse practicado en forma legal. Esta constancia es esencial para toda clase de notificaciones.

Generalmente, en la práctica, se confunde a la notificación del art. 47 con la por cédula, error que emana de la referencia que hace el art. 51, inc. 2, al inc. 2.º del art. 47; pero entre ambas notificaciones hay diferencias precisas, porque la del art. 47 es personal, y al decir personal, no se entiende encontrar a la persona del notificado, sino entregar copia íntegra de la solicitud y de la resolución.

La característica de la notificación personal no es encontrar al notificado en persona, sino dar las copias arriba mencionadas. Si se encuentra en persona, se hace conforme al art. 43, entregándose las copias al mismo notificado; si no se encuentra, se le deja la copia, previa información, a una persona adulta del domicilio. La notificación por cédula, en cambio, sólo exige copia de la resolución y datos del escrito para la acertada inteligencia de

(1) Por morada se entiende la habitación y no el domicilio. Tca. ap. G. 1912, t. 2.º, p. 171, S. 845.

lo que se notifica. Además, no se requiere información previa, ni buscas del receptor.

En la notificación por avisos en los diarios, es esencial para su validez que se trate de notificaciones que deban efectuarse personalmente o por cédula, que la individualidad o residencia de los notificados sea difícil de determinar, (1) que en la notificación se expresen con claridad los datos exigidos para la notificación personal, (2), que se publiquen a lo menos tres avisos y se oiga al Ministerio Público (3). Si se trata de primera gestión deberá además, insertarse en el *Diario Oficial* (4).

Una sentencia resolvió que esta clase de notificación podía hacerse a personas residentes en el extranjero. No nos parece ajustada a la doctrina esta jurisprudencia, pues importa extender los efectos de la ley procesal a territorios extranjeros, lo que está en pugna con los principios (5). Un fallo de

(1) No es aplicable si el demandante señala en la demanda el domicilio del demandado, 21 de Septiembre de 1904. Rev. t. 2.º, S. 2, p. 53.

(2) Concep. G. 1913, t. 2.º, p. 2493, S. 850, (Otero, t. 1.º, p. 349).

(3) Concep. G. 1913, t. 1.º, p. 1612, S. 495.

(4) Un fallo de primera instancia anuló todo lo obrado por faltar esta circunstancia. La Corte de La Serena, revocó porque el juicio estaba fallado, reservando los derechos para que se hicieran valer en forma legal, G. 1912, p. 1003. S. 607, (Otero, p. 347). Las demás resoluciones deben también notificarse por los diarios bajo pena de nulidad. G. 1910, t. 2.º, p. 165, S. 649: (Lazo, p. 78).

(5) G. 1911, t. 1.º, p. 1148, S. 706. Se opone este fallo a los artículos 14 y 15 del Código Civil. Art. 14. La ley chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. El art. 15 establece el estatuto personal

la Serena rechazó esta notificación en el mismo caso en que fué acogida por la sentencia anterior. (1)

En el embargo es esencial la entrega real o simbólica de los bienes embargados, al depositario. (2)

Es esencial para la validez de los remates, la publicación de avisos; pero no es esencial la fijación de carteles en secretaría. Sin embargo, por esta última causal, siempre se han anulado remates. Nos parece que la exigencia de carteles es del todo innecesaria, porque su fijación, además de no significar ninguna garantía de la seriedad del remate, ésta se efectúa amontonando en la secretaría dichos carteles en un lugar donde nadie los lee. Sería conveniente suprimir esta formalidad y exigir sólo la publicación de avisos en los diarios. Un fallo de los Tribunales argentinos ha resuelto en la forma indicada y no acogió una nulidad en que se alegaba la falta de carteles. Nos parece ser ésta la buena doctrina, desde el momento en que los diarios son el medio más expedito y que lleva a conocimiento de mayor número de personas, la diligencia que se va a efectuar. (3)

---

respecto de las obligaciones que nacen de las relaciones de familia y en lo relativo a la capacidad y estado de las personas respecto de «ciertos actos».

(1) G. 1914, t. 1.º, p. 93, S. 46.

(2) Concep. ap. G. 1914, t. 2.º, p. 443, S. 1394. La entrega debe ser real... Concep. G. 1909, t. 2.º, 408, S. 956; por consiguiente, no procede embargo en bienes futuros. Tca. ap. G. 1903, t. p. 727, S. 730. En contra, G. 1904, t. S. p. 858, S. 703.

(3) Fallo del juez del Plata D. Molina Carranza, confirmado (Municipalidad con Octavio Accame) Lascano, p. 68.

El Art. 64.

Para la declaración de nulidad, por faltarle elementos esenciales a los actos de procedimiento, es de grande importancia el art. 64 de nuestro Código.

El inc. 3.º de este artículo dispone: «La autorización del funcionario a quien corresponde dar fe o certificado del acto es «esencial» para la validez de la actuación». Este artículo es uno de los pocos que habla de elemento esencial de un acto procesal considerado aisladamente; en los demás casos el Código se refiere siempre a los «trámites de los juicios», para los efectos del recurso de casación. Esta disposición legal ha consagrado la teoría de los elementos esenciales, y lo que es más, ha reconocido que tal exigencia produce nulidad. De otro modo, ¿qué objeto tendría que el legislador haya dicho que tal elemento es esencial? Sin duda que lo ha establecido para reconocer que su falta produce nulidad. Es por esto que la jurisprudencia ha declarado siempre una nulidad cuando se ha faltado a un elemento de esta naturaleza.

Otros Códigos han sido más precisos y han generalizado la teoría que la ley chilena ha dispuesto expresamente sólo para las autorizaciones; pero esto no perjudica a la buena doctrina y a que ella sea aplicada siempre que se falte a un elemento esencial.

Aplicando este artículo se ha resuelto que es nula la prueba testimonial no autorizada por un Minis-

tro de fe (1) y que la falta de esa autorización no puede suplirse con un certificado posterior de éste que acredite haber intervenido en ella (2) como también es nula la autorizada por un Ministro de fe diverso del que debió actuar.

Respecto de las sentencias, esta disposición ha motivado diversas apreciaciones, sosteniéndose que en tal caso no existe sentencia y sería un acto privado del juez no susceptible de apelación, porque entonces se fallaría en única instancia.—Dice la sentencia:

Considerando 2.º Que esta falta de autorización, indispensable para la validez de la actuación que considerada como sentencia ha sido apelada por la parte demandada, ha viciado de nulidad absoluta tal situación que *realmente no hay fallo propiamente tal, que pueda ser revisado por este Tribunal, que en el hecho fallaría en única instancia.* —Fidel Urrutia, Moisés Vargas Mardones, Víctor Risopatrón.—Rencoret, sec.

Siendo nula la actuación, debe devolverse a 1.ª instancia para que se dicte por el juez correspondiente la respectiva sentencia. (3).

Otra sentencia de 2.ª instancia, conociendo de la casación, dijo:

2.º Que aún cuando es esencial para la validez de las actuaciones judiciales la autorización del funcionario correspon-

(1) Concep. G. 1907, t. 1.º, p. 163, S. 72; Vdvia. ap. G. 1912, t. 1.º, p. 130. S. 61, G. 1914, p. 1869. S. 643 (Ultimas Noticias 10 de X 1910).

(2) Valp. ap. G. 1909, t. 2.º, p. 58, S. 814 y Vdvia. G. 1913, p. 322, S. 1118.

(3) T. ap. G. 1912, p. 114, S. 54, t. 1.º (Otero, t. 1.º, p. 371, N.º 3.º)

diente, ésta no lo es para la de las resoluciones judiciales, atendida no sólo la diferencia que existe entre aquellas y éstas, sino también a la circunstancia, de que la ley sólo exige, como antes se ha dicho, la firma del juez o jueces que expiden la sentencia.

3.º Que no es trámite esencial ni puede comprenderse en el N.º 9 porque tampoco se establece que produce nulidad.

Vistos, se desecha el recurso de casación, entréguense los autos para expresar agravios (1).

Nos parece que la primera sentencia está ajustada a derecho y que no puede acogerse un recurso de casación, por cuanto no se trata de una sentencia sino de un acto privado del juez, no susceptible de recursos procesales. El juez, en este caso, quedaría inhabilitado para fallar, porque habría manifestado opinión y el proceso debe remitirse al subrogante legal. Esto es lo que se deduce del art. 64, pero sería conveniente agregar al art. 193 como requisito para la validez de la sentencia, la firma del secretario. Esto se hizo en materia criminal y el art. 528 dispuso que la sentencia debía contener: N.º 9.º la firma entera del juez y del secretario.

Se evitaría así el incidente que motiva el cumplimiento de una sentencia que tenga tal omisión, en el cual podría sostenerse sin andar descaminado, que la sentencia no era tal y que en consecuencia no producía cosa juzgada, ni era un título ejecutivo; en cambio, si se establece que es requisito que vicia de casación la sentencia, no alegada oportunamente la causal, se evitarían tales incidencias y la sentencia produciría cosa juzgada. De otro mo-

(1) 20 de Sept. de 1912. (Otero, p. 370, t. 1.º. edic. 1919).

do, al ser un acto privado del juez no sería sentencia y no habría cosa juzgada.

Tal como está el Código, un juez debe acoger la excepción de insuficiencia del título en un caso como éste y aún más, como está obligado a examinar el título para saber si es o no ejecutivo, podría declarar de oficio que no se despacha mandamiento de ejecución y embargo, porque el instrumento que le sirve de base es un acto privado de un funcionario y no una sentencia.

En otros casos se ha resuelto que es causal de casación, que procede aún de oficio (1), jusrisprudencia que no nos parece ajustada al verdadero espíritu de la casación que parte de la base de *una sentencia* que exista realmente aunque viciada, y en este caso se trata de un acto privado del juez.

El juramento como formalidad procesal.

Esta formalidad ha sido materia que ha originado opiniones contradictorias y en algunos casos se ha creído que es causal de casación en contra del fallo de un árbitro (2) y en otras se ha opinado que no es causal de este recurso (3); y así, una sentencia de 2.ª instancia dice: «Considerando, 1.º Que esta formalidad no es un requisito esencial, apareciendo por el contrario que se ha establecido en interés

(1) Vdvia. G. 1913, t. 2.º p. 783, S. 269. (Otero, t. 2.º, p. 1891, N.º 217).

(2) Cas. 12 de Oct. 1905. G. 1905, t. 2.º, p. 242, S. 914.

(3) G. 1914, p. 1182, S. 419.

particular de las partes que ellas pueden o no exigir». (1)

Se ha resuelto también que la falta de audiencia al M. Público (defensor de menores), al prestarle el juez aprobación al nombramiento de partidor, no anula esta designación ni vicia las actuaoicnes del partidor. (2)

Tratándose de los informes de peritos se ha resuelto que no es causal de casación el juramento (3) y en los casos en que se requiera esta solemnidad para declarar (confesión judicial) se considera rebelde al que no quiere cumplir esta solemnidad. (4)

En este último caso y respecto de los testigos, el juramento es más necesario que los anteriores. Hay otros medios legales de que puede hacerse uso para conseguir un recto cumplimiento de los deberes por parte de los árbitros peritos etc., y el juramento no llena ninguna necesidad jurídica. Es una reminiscencia del derecho antiguo, solemne y religioso. Sería conveniente suprimir esta formalidad y se evitarían con ello muchos incidentes de nulidad y recursos que al tramitarse significan un desarrollo inútil de la potestad jurisdiccional del Estado, en perjuicio del derecho de las partes y de los demás

---

(1) Cpn. ap. G. 1912, p. 552, S. 1041. G. 1912, p. 469, S. 988. Corte de Cas. en el sentido de que no es esencial cuando en el primer nombramiento jura y en el segundo no se altera la materia ni las partes.

(2) Tca. ap. G. 1913, p. 2714, S. 930.

(3) Vdvia. ap. G. 1914, p. 1182, S. 419, citada más arriba.

(4) G. 1904, t. 1.º, 311, S. 302.

que también exigen el ejercicio de esta potestad a su favor.

Un árbitro o un perito que no cumple con los mandatos legales y no emplea la debida prudencia en su cometido, no podría excusarse de que no le afecta responsabilidad por no haber jurado desempeñar fielmente el cargo. Por otra parte, el derecho de los litigantes no tiene una mayor garantía con esta formalidad. Esto nos hace concluír que sería necesario suprimir el juramento.

Si nos pusiéramos a analizar cada acto procesal y cada trámite de los juicios para descubrir qué requisitos son o no esenciales, llenaríamos muchas páginas que, además de ser un trabajo tedioso, no es de absoluta necesidad para el objeto de estudiar los principios que deben aplicarse al declarar una nulidad. Los casos anteriores van por vía de ejemplos, y como regla general, en cada caso de duda que se le presente a un magistrado, debe estudiar si la falta de ese requisito es tan indispensable para el ejercicio del derecho que se reclama, que sin él se hace imposible ejercitar ese derecho. La característica esencial como la entiende Mattirolo nos parece clara y precisa y debe ella tenerse iempre en vista antes de declarar una nulidad, materia que exige del juez un amplio criterio jurídico, necesitándose muchas veces buscar la intención y las razones que se tuvieron en vista por el legislador para crear la formalidad. De aquí que algunos piensen que para declarar una nulidad no se atienda a si se trata de elementos esenciales o no, ni tampoco a que se produzca o no perjuicios, siendo más preciso y más práctico pesar esos valores opuestos que acabamos

de enunciar e inclinarse al que en ese caso particular sea de más peso (1).

CAPITULO XXI

Leyes prohibitivas

El art. 10 del Código Civil, a que ya nos hemos referido, sienta el principio de considerar nulos y de ningún valor los actos prohibidos por las leyes. Al disponerse esta sanción respecto de las leyes civiles, deben entenderse que produce una nulidad civil que sigue los plazos de prescripción de ese Código. Pero respecto del procedimiento la cuestión es diferente. Aunque se trate de leyes prohibitivas, una vez ejecutados estos actos y no reclamados por alguno de los recursos legales, la nulidad desaparece y el acto se considera válido. Recordemos cómo ha evolucionado el concepto de las leyes prohibitivas, desde el Derecho Romano hasta Dimoulin que sostuvo en un principio que las leyes porhibitivas no se saneaban nunca; pero que más tarde debió cambiar de opinión, sentándose el principio de que hay actos prohibidos que una vez ejecutados tienen valor.

Estos principios informan las leyes prohibitivas procesales y su violación importa una nulidad que debe entenderse expresa.

En cuanto a determinar qué leyes se consideran prohibitivas, debe aceptarse con los expositores modernos que no sólo son de este carácter las que em-

(1) Japiot, artículo citado.

plean las palabras se prohibe tal cosa, sino aquellas que dicen, por ejemplo: tal derecho *no podrá* ejecutarse sino en tales o cuales condiciones; *no será admisible, no se entenderá, no suspenderá, no podrá* (1), *no se les permitirá, son nulos y de ningún valor* (467 inc. final), *no producirá efecto alguno* (356), *legal, no puede dividirse* (391), *sólo son admisibles* (293), etc. En ciertos casos, la ley prohibe un acto pero exige que se alegue la prohibición en una forma determinada, sin la cual la prohibición no produce el efecto de anular el acto. Tal sucede con los testigos inhábiles; las declaraciones de éstos no tienen valor cuando se hace valer la tacha antes de que declaren, pero si ya han declarado no obstante la prohibición legal, el acto tiene valor. Es esto una consecuencia del principio de que hay actos que la ley prohibe, pero una vez ejecutados son válidos.

Para aceptar la nulidad como sanción de las leyes prohibitivas hay dos razones fundamentales: 1.° que de otro modo éstas quedarían sin sanción; y 2.° que la teoría contraria sería insostenible en Derecho Civil y en procedimiento, porque las prohibiciones tienen por base el orden público y nunca se ha puesto en duda que lo que a él contraviene es nulo.

Se hacen, sin embargo, dos objeciones:

Se dice que por qué razón entonces, en algunas leyes prohibitivas se agrega la sanción de nulidad;

(1) Arts. 27, 44, 57, inc. 2.°; 74, 83, inc. 3.°; 133, 153, 164, 167, 305, 328, inc. 3.°; 337, 347, inc. final; 450, 465, inc. 3.°; 437, 504, inc. 3.°; 508, 521, inc. 2.°; 555, 609, 617, N.° 1.°; 639, inc. 2.°; 657, 669, 680, 712, 758, 790, 836, 864, 913, 974, 978, 986.

pero Garsonnet contesta esta objeción diciendo que es una simple precaución de la ley que no agrega ni quita nada al efecto legal de la ley prohibitiva (1).

Además, en el Derecho Francés se las objeta, diciendo que el art. 228 del Código Civil es prohibitivo y no produce nulidad. A lo que el mismo autor responde, de acuerdo con Dimoulin, que este artículo no está desprovisto de sanción, porque el Código Penal impone un castigo en el art. 194.

Hay sólo dos excepciones a la regla de que las leyes prohibitivas no producen nulidad: 1.º Cuando la ley castiga con otra sanción (2). En el Derecho Francés el art. 512 que prohibe términos injuriosos bajo pena de multa o suspensión.

2.º Si la nulidad constituye una sanción desproporcionada con el fin de la prohibición como el art. 626 del Código Francés N.º 503 (3).

Hemos dicho que en los casos en que se han acogido casaciones, fundándose en el N.º 9 del art. 942, casi siempre se ha mirado la cuestión por el lado de los trámites esenciales, porque en realidad las nulidades expresas del Código de Procedimiento no autorizan siempre una casación; sin embargo, hay leyes prohibitivas que autorizan este recurso sin que sancionen un trámite esencial. Así por que se han acogido casaciones y aún se han decla-

---

(1) Ob. cit. t.º 2.º, p. 183.

(2) Art. 91.

(3) Tal sería por ejemplo, el caso del inc. 3.º del art. 504, en que se dispone que el tribunal «no podría» designar dos veces un mismo martillero. Si esto ha sido y se ha efectuado el remate es desproporcionando al fin de la ley anular las actuaciones del martillero nombrado.

rado de oficio, por faltarle capacidad a alguna de las partes (menores no asistidos de curador, mujeres casadas sin autorización del marido). Para ambos casos tales sentencias han buscado el fundamento del N.º 9; pero no se ha dicho qué parte de ese número es la que conviene, pues él se refiere a trámites esenciales y a nulidades expresas (1). Nos parece que el fundamento está en estas últimas, ya que las leyes prohibitivas llevan envueltas la sanción de nulidad y en el caso propuesto, la ley prohibe al incapaz comparecer en juicio.

CAPITULO XXII

Medios de hacer valer las nulidades

En nuestro derecho hay varios medios de obtener la declaración de una nulidad; pero todas ellas parten de una base precisa: deben solicitarse dentro del juicio, ejercitando los recursos legales en tiempo y forma. La jurisprudencia en este sentido se ha uniformado.

Difieren los recursos según se trate de nulidades que ocurran antes del juicio mismo, en las prepaciones de éste, o durante la sustanciación del proceso. En el primer caso proceden las excepciones dilatorias, además de los otros medios que acuerda la ley, como el incidente de nulidad o la casación, etcétera.

(1) Véase Laso, Jurisprudencia al N.º 9.º, del art. 942.

1.º—Excepciones dilatorias.

El art. 293 se refiere a ellas y en el N.º 6 contempla la regla general, estableciendo que son admisibles como dilatorias las excepciones: «que se refieren a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida».

Las excepciones dilatorias sólo sirven para corregir los vicios de la demanda y los del acto de citación y, en general, los anteriores a éste. El término para oponerla es el mismo de la demanda con la diferencia de que es fatal (1).

No hecha valer la excepción dilatoria en su oportunidad, sólo puede deducirse por vía de alegación o defensa como un derecho para «enervar, entorpecer o retrasar la acción deducida contra el demandado», (2) sin que se paralice la causa y debiendo resolverse en la sentencia definitiva.

Por medio de estas excepciones se puede obtener que se declare la nulidad de todo lo obrado, ya sea porque la demanda no reune los requisitos legales, ya sea porque el demandado no ha sido emplazado en forma.

En cuanto a los vicios de la demanda misma, que no afectan el emplazamiento, sólo se puede pedir la nulidad en el mismo plazo que hay para contestarla y antes de hacer cualquier gestión que importe sanear los vicios de procedimiento. Ni el reo en

(1) Valp. ap. 1905, t. 1.º, p. 583, S. 396; Sant. ap. G. 1908; t. 2.º, p. 711, S. 415 (un v. en c.).

(2) Tca. ap. G. 1910, t. 2.º, p. 771, S. 1099.

rebeldía se exceptúa a esta regla, salvo el caso de la fuerza mayor (arts. 82 y 83).

Además, debe tenerse presente que el juez puede declarar de oficio ciertas omisiones de la demanda y no comunicar traslado mientras no se subsanen. Ellas son las contenidas en los tres primeros números del art. 251; pero esta declaración sólo puede hacerla el juez antes de comunicar el traslado; después pierde el derecho de declarar de oficio la ineptitud del libelo, como lo hizo un juez que negó lugar a la demanda y declaró un vicio de esta naturaleza en la sentencia definitiva. Su fallo fué revocado (1). A lo sumo puede ordenar, antes de dictar sentencia, que se subsanen esas irregularidades (2).

Tratándose de los vicios del acto de citación, la parte debe pedir la nulidad igual que por vicios en la demanda, antes de cualquiera gestión que suponga su conocimiento, y el juez no podrá declarar sin petición de parte interesada la falta de emplazamiento u otro vicio, salvo la casación de oficio que luego veremos.

Las excepciones dilatorias sólo puede alegarlas el reo (3) y proceden en cualquiera clase de juicios; deducidas en el juicio ejecutivo deben alegarse conjuntamente con el escrito de excepciones. (4)

En estos juicios procede la excepción de nulidad

---

(1) Tca. G. 1913, t. 2.º, p. 3127, S. 1081.

(2) Vdvia. ap. G. 1914, t. 2.º, p. 737, S. 267.

(3) G. 1911, t. 1.º, p. 409, S. 223; Cas. 1909, t. 1.º, p. 481, S. 320.

(4) Concep. ap. G. 1907, t. 2.º; p. 633, S. 1047; San. ap. G. 1914, t. 1.º, p. 153, S. 72.

propiamente dicha, ya se refiera a la obligación ya a los requisitos del título (art. 486, N.º 7 y 14).

2.º—El recurso de casación.

Es otro medio de obtener la nulidad de lo obrado, pero debe interponerse en contra de la sentencia, cuando en ella se ha cometido alguno de los vicios de que habla el art. 942 o se ha faltado a algún trámite declarado esencial por la ley.

El recurso no tiene por objeto, en sí mismo, atacar el procedimiento sino la sentencia; es en su contra que se deduce, y si es acogido se repone el proceso al estado de dictarse nueva sentencia, si no se ha cumplido con las formalidades legales en su dictación, o al estado de que se practiquen nuevamente los trámites nulos y los posteriores hasta quedar de nuevo en situación de fallarse.

El Código de la Provincia de Buenos Aires ha restringido este recurso y sólo procede la nulidad cuando la ley pena expresamente con esta sanción, o se ha faltado a alguna ley constitucional; en los demás casos se aplican multas. (1)

El art. 257 de la capital federal, mantiene sin embargo el recurso. En nuestro derecho, la casación requiere el cumplimiento de formalidades precisas y solemnes, ejecutadas en plazos perentorios, consignación, anuncio, formalización, y antes que todo un reclamo previo, por vía de reposición, apelación y recurso de hecho, cuando fuere procedente.

(1) Lascano, pág. 83, y sts. En contra De la Colina, quien cree que la supresión es absoluta.

El incidente de nulidad.

El incidente de nulidad tiene por objeto que se declare la nulidad de las actuaciones o de alguna providencia, a partir de esa actuación o providencia que se cree será nula (1).

Entre nosotros el incidente de nulidad está reglamentado por los arts. 81, 87 y 88, que se refieren a dos casos:

a) Hechos anteriores o coexistentes con el juicio;

b) Hechos que acontezcan durante el juicio.

Los primeros deberán ser propuestos antes de cualquiera gestión principal en el pleito y los segundos, tan pronto como el hecho llegue a conocimiento de la parte respectiva.

No alegados en esa oportunidad esos incidentes deben ser rechazados de oficio por el tribunal, «salvo que se trate de un vicio que anule el proceso o de una circunstancia esencial para la ritualidad o la marcha del juicio». Estudiamos estas dos situaciones al comenzar la 4.ª parte que se refiere al derecho chileno.

De manera pues, que tratándose de alguno de estos vicios en cualquiera oportunidad que se aleguen debe ser acogidos por el juez y tramitados en conformidad a la regla general de los incidentes. El lapso de tiempo dentro del cual pueden ser alegados

(1) Fábrega y Cortés, pág. 116 t. 2.º. El Código Marroquí en el art. 606 establece que la petición de nulidad no es incidente ordinario y le da una tramitación especial. Se confiere traslado por dos días y debe resolverse en otros dos. La apel. es en lo devolutivo.

tiene un límite fijado por el art. 347, esto es, pueden formularse antes de dictarse sentencia, aún después de citadas las partes para oirla (1). El art. 437 dice: «Citadas las partes para sentencia, no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género». «Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 87, 166 y 280».

Frente a estas disposiciones hay que considerar el artículo 293 que se refiere a las excepciones dilatorias que no caen bajo la disposición del art. 87, porque tienen un plazo especial: el de emplazamiento.

Además, debe tenerse presente el art. 58, que declara válida toda notificación aunque no reuna los requisitos legales, cuando la parte ha hecho una gestión que supone su conocimiento y no ha reclamado de los vicios que la afectan. No siendo aplicable estos dos artículos cabe, en los demás casos en que se incurra en una nulidad, alegarla en la forma que establece el art. 87, en concordancia con el art. 437 (2).

Pero el referido art. 87 habla de circunstancias esenciales y hemos dicho que por tales deben entenderse los trámites esenciales que autorizan la casación.

Examinemos entonces esos trámites esenciales

---

(1) G. 1914, t. 2.º, p. 669, S. 250.

(2) La jurisprudencia española ha declarado que este incidente tiene un carácter de extraordinario y sólo cabe cuando se han agotado los recursos ordinarios.

Tribunal supremo, 11 de XI de 1911 y 6 de Julio de 1915 y 10 de X de 1916. Fábrega.

para ver si en cualquier caso que se falte a ellos procede el incidente de nulidad.

El N.º 1.º del art. 967 establece como un trámite esencial en primera instancia en juicios de mayor cuantía, el emplazamiento. El emplazamiento consta de dos partes: la notificación y el trascurso del lapso de tiempo que acuerda la ley para contestar la demanda. Supongamos que necesitando 18 días el reo para estos efectos, se le acusa rebeldía antes de que se cumpla este plazo. No reclama del vicio; la otra parte duplica y le acusa rebeldía de la réplica. Se recibe a prueba la causa y el rebelde concurre a tachar los testigos a la audiencia de prueba. Podría después solicitar la nulidad de todo lo obrado, diciendo que no ha sido emplazado? El art. 58 —como hemos dicho—declara válida una notificación aunque no reuna los requisitos legales, siempre que se haga alguna gestión; en este caso, aunque la notificación es válida y le falta para que surta sus efectos el trascurso del plazo que determina el emplazamiento, plazo que es independiente de la notificación misma, no puede alegar la nulidad de lo obrado fundándose en el art. 87, porque hay una gestión posterior.

Una sentencia de apelación dice en un considerando:

> Los autos y decretos, pueden ser modificados o dejados sin efecto por el tribunal que los dictó, aunque estén ejecutoriados, cuando se hicieren valer nuevos antecedentes que así lo exijan, y en el caso presente (se refería al caso de entregarse los autos para alegar de bien probado antes de haber terminado el término probatorio) es arreglado a la más elemental justicia no privar a las partes del término de prueba, por erro-

res de la otra, cuando se alega el antecedente de estar vigente un término que se suponía extinguido sin estarlo, lo que podía producir la indefensión, motivo de casación.

Es un caso diferente al anterior, porque se declara prescrito un derecho antes de que trascurra el plazo, sin haber gestiones posteriores, lo que no ocurre en el ejemplo citado.

Puede suceder que la parte declarada rebelde en esta forma comparezca a replicar la demanda, y así todo, no podría alegar el incidente de nulidad, porque el art. 87 no tiene la limitación del art. 58: no basta pues, que se trate de una circunstancia esencial, porque debe tenerse en cuenta el art. 58.

En cambio el N.º 2.º del art. 967 es diferente: si se rinde, por ejemplo, una prueba testimonial sin que el juez ordene recibirla, esta prueba sería nula. El caso no es difícil que suceda. Un juez de Santiago en lugar de usar la expresión sacramental «se recibe la causa a prueba» decía acredítese dentro del probatorio», etc. La Corte le ordenó que usara la primera expresión. Si se rinde prueba bajo aquella expresión, para esa Corte no existiría decreto que la recibiera y sería nula y, aún, una causal de casación.

De este art. 87 y del 58, fluye entonces una consecuencia importante: *no se puede pedir la nulidad cuando sólo se refiere a una resolución o notificación nulas, si se ha hecho alguna gestión posterior que suponga su conocimiento; pero si se refiere a cualquier otro acto de procedimiento, la nulidad no tiene otro límite que el art. 437 que obliga a deducir el incidente antes de dictarse la sentencia definitiva.*

Esta regla debe entenderse sin perjuicio de los casos en que la ley establece un plazo especial para deducir la nulidad, como en las excepciones dilatorias, en la impugnación del nombramiento de peritos, etc., art. 415 (1).

Hay, sin embargo, situaciones en las cuales no sería posible admitir el incidente a pesar de faltarse a un trámite esencial. Supongamos, por ejemplo, que se acompañe un documento; de él debe darse citación, que consiste en un decreto que diga: téngase por acompañado el documento con citación, proveído que debe notificarse por el Estado. Pues bien, no se notifica el decreto; siguiendo la regla general del art. 41, no produce efectos; pero es el caso de que la parte hace una gestión posterior que supone el conocimiento del decreto, por ejemplo: tacha el documento.

¿Podría deducir el incidente de nulidad conforme al art. 87, con la única limitación del art. 437? Creemos que no, porque respecto de las notificaciones rige el art. 58. Este es un caso en que no se aplica el art. 87, a pesar de tratarse de un trámite esencial.

Esto es lo que se deduce del Código respecto a los trámites esenciales.

¿Pero qué situación se presenta en cuanto a los vicios que anulan el proceso?

—Como hemos dicho—la ley no los ha catalogado ni ha dado una regla general que sirva de base

(1) Sant. ap. G. 1913, p. 1862, S. 575.

Esta impugnación es independiente de la que se haga al informe mismo por no reunir los requisitos legales, por ejemplo, no haber jurado el perito.

para identificarlos. Nosotros pensamos que deben entenderse por tales, aquellos casos en que la ley declara una nulidad, sin que, por lo general, produzca los efectos de autorizar el recurso de casación. Debe entenderse en estas leyes las que contienen una prohibición, según lo hemos ya expresado.

De estos vicios que anulan el proceso y que no están considerados entre los trámites esenciales que autoricen casación, podemos señalar por ejemplo: el art. 55, que declara que no son válidas las anotaciones en el estado diario trascurridos seis meses desde la última resolución. Si esta anotación corresponde a la falta de un trámite esencial, autorizaría un recurso, como por ejemplo: la falta de notificación del auto que agrega un documento con citación, siempre que no haya gestiones posteriores; pero en los demás casos sólo procede el incidente de nulidad, como sería el caso de notificar por el estado el traslado de la dúplica.

Nosotros formulamos este incidente a propósito de haberse faltado al art. 55 y a los trámites de la réplica y dúplica. El caso fué el siguiente: Se notificó personalmente la demanda y no se contestó; pasaron más de seis meses y se acusa rebeldía; se notificó por el estado, y el juez, en lugar de dar traslado para replicar, ordenó traer los autos para fijar puntos de prueba. Se fijaron los puntos y se rindieron las pruebas sin que compareciera el demandado. Se alega en seguida de bien probado y en esta oportunidad comparece el reo y pide la nulidad de todo lo obrado, basándose en dos causales: en el art. 55, porque se notificó por el estado la rebeldía seis meses después de la última resolución,

y en el art. 81, porque el juez suprimió de oficio los trámites de la réplica y dúplica que se dieron por evacuados en rebeldía por el sólo hecho de no haberse contestado la demanda, ordenándose traer los autos para fijar puntos de prueba. Sostuvimos en aquel entonces que el Código sólo autoriza para que en primera instancia se dé por evacuado el trámite cuya rebeldía se acusa, sin que estos efectos alcancen a los demás actos del procedimiento (1).

No siendo la réplica y la dúplica un trámite declarado esencial por la ley, no puede fundarse una casación en contra de la sentencia; pero es lógico que tales faltas tengan una sanción y ésta no puede ser otra que la nulidad del procedimiento, por medio del incidente de nulidad, pues—en nuestra opinión—omitir la réplica y dúplica es originar un vicio que anula el proceso, que autoriza el referido incidente de acuerdo con el art. 87 del Código.

Los vicios de las notificaciones anulan el proceso y autorizan la casación cuando comunican un trámite esencial.

En una sentencia se estableció, como doctrina: (2)

La notificación a las partes sin los requisitos legales equivale a la omisión de la actuación y *si ésta es de las esenciales,* se incurre en un vicio de casación.

---

(1) Es precisamente la diferencia que hay entre rebeldías de primera instancia y rebeldías de segunda. En este último caso, al rebelde no se le oye más, debiendo intervenir por medio del procurador del número.

(2) Laso, pág. 62, art. 41, jurisp. 1. ap. Concep. 16. ab. 1904.

Pero hemos dicho que tratándose de las notificaciones sólo puede alegarse la nulidad cuando no se han hecho gestiones posteriores. Hay que hacer la salvedad de los trámites esenciales.

Estudiando estos artículos, se llega a la conclusión de que el Código no ha tratado en forma clara las nulidades procesales, y si bien es cierto que respecto de los trámites esenciales ha establecido requisitos que al omitirse autorizan la nulidad, ha dejado otros al criterio del juez, sin darle a éste ninguna norma que le sirva de pauta y sólo reconociéndole el derecho de declarar una nulidad cuando se trata de un vicio que anula el proceso, sin determinar qué vicios acarrean esta sanción.

Se concluye también que el art. 942 N.º 9, al hablar de requisitos que disponen expresamente la nulidad como causales de casación, no contiene un precepto exacto, puestas estas nulidades expresas, cuando son de orden privado, no autorizan el recurso de casación sino son trámites esenciales: La sentencia precitada así lo declaró.

El recurso de apelación, de hecho y de queja.

Por estos recursos puede llegarse a obtener la declaración de nulidad de lo obrado. Por el de apelación se recurre en grado, cuando en primera instancia se ha perdido el incidente de nulidad o la excepción dilatoria o el recurso de reposición; en este último caso deben interponerse conjuntamente, el de apelación en subsidio del de reposición.

El de hecho es una modalidad de la apelación.

El recurso de queja también produce el objeto

de anular actos de procedimiento, cuando el juez en abuso de sus funciones consiente en la ejecución de actos nulos.

Pero la regla general es que la nulidad procesal propiamente dicha es un incidente del juicio; así lo dice una sentencia que estableció como doctrina:

La petición de nulidad de lo obrado en un juicio, debe tramitarse como un incidente de ese mismo juicio y no como una acción ordinaria independiente (1).

El recurso de revisión.

Este recurso es el único que puede intentarse para anular una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y debe fundarse precisamente en las causales del art. 981. Pero debe tenerse presente que sólo procede por error el fallo en cuanto al fondo del asunto discutido, es decir con la revisión se consigue la declaración de nulidades de fondo, no podría deducirse este recurso para atacar un juicio dentro del cual se han cometido irregularidades de forma. Ya hemos dicho que la sentencia sanea todas las omisiones de procedimiento, aún la incompetencia absoluta; menos la falta absoluta de jurisdicción y la falta absoluta de relación procesal.

El recurso prescribe en un año; en materia penal no tiene prescripción.

Consideramos este recurso porque también puede anular un juicio.

---

(1) 15 de Julio 1904. G. 1904, t. 1.º, p. 974, S. 793.

El recurso de inconstitucionalidad.

Este recurso no existía entre nosotros y se vino a crear por la Constitución de 1925. El art. 86, de la Constitución, dice: «La Corte Suprema, en los casos particulares en que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación».

Dos condiciones se exigen para que proceda este recurso:

1.º Que exista un juicio sometido al fallo de un tribunal;

2.º Que en este juicio se aplique un precepto legal inconstitucional.

Concurriendo conjuntamente ambos requisitos procede el recurso y se obtendrá la anulación del procedimiento o de la sentencia en que se haya aplicado el precepto contrario a la Constitución.

Para esto se requiere petición de parte: la Constitución no lo autoriza de oficio, y el escrito debe presentarse a la Corte Suprema. Además, el recurso supone un juicio en tramitación: no podrá deducirse para atacar la cosa juzgada.

En resumen, las partes tienen ante el juez *a-quo* tres medios de obtener la nulidad: las excepciones dilatorias, el incidente de la nulidad y la reposición.

Ante el juez superior tienen: la apelación, el recurso de casación, y el de inconstitucionalidad.

El juicio en rebeldía.

Las nulidades procesales tienen aspecto especial en los juicios en rebeldía. Ellas pueden ser alegadas en cualquier momento por el rebelde y la sentencia dictada en su contra no produce cosa juzgada. Veamos las disposiciones del Código. Los arts. 82 y 83 se refieren a dos situaciones diferentes:

1.° Cuando el litigante rebelde ha estado impedido por fuerza mayor; y

2.° Cuando al litigante rebelde no se le ha hecho saber «en persona» ninguna providencia librada en el juicio y, por un hecho no imputable a él, no han llegado a sus manos las copias a que se refieren los arts. 43 y 47 o que ellas no son exactas en su parte substancial.

Primer caso: *La fuerza mayor.*

Debe entenderse por tal la que define el art. 45 del Código Civil: «El imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, etc.»

En presencia de esta situación, puede el rebelde pedir la «rescisión» de lo que se hubiere obrado en el juicio en rebeldía suya y para ejercer este derecho no le corren términos procesales, es decir, puede ejercitar el recurso en cualquiera oportunidad en que tenga conocimiento de lo obrado en su contra, sin otra limitación que la de ejercitar su derecho dentro del 3.° día, contado desde que cesaron

sus impedimentos y «pudo hacerlos valer ante el tribunal que conoce del negocio». Pongamos un ejemplo:

Pedro recibe notificación de una demanda en forma legal; al día siguiente es atropellado y se le lleva a un hospital en donde permanece 5 meses sin darse cuenta de lo que le pasa; vuelve a la razón y una vez restablecido le comunican que ha perdido el pleito y le han rematado unas propiedades. ¿Qué recurso le queda a Pedro?

—Este debe ejercer el derecho que le confiere el art. 82, y para ello tiene dos caminos: pedir en el mismo expediente la nulidad de lo obrado o reivindicar sus propiedades pidiendo en un nuevo juicio la nulidad. El tenor del art. 81 es claro y autoriza en este caso «la acción de nulidad de lo obrado en un juicio».

En este caso tampoco al rebelde le corre prescripción, porque ha estado impedido por fuerza mayor y en cualquiera época en que haya sabido la demanda, puede ejercer su derecho dentro de los tres días siguientes contados desde que tuvo conocimiento.

El art. 82 establece otra condición más en beneficio del rebelde: no sólo basta para que el rebelde pierda su derecho que trascurran tres días, sino que es necesario que no lo haya ejercido «pudiendo hacerlo en ese plazo». Puede suceder, por ejemplo, que hoy día venza el plazo y Pedro haya sido apresado a virtud de un acto de autoridad (1); en tal caso no ha podido ejercer su derecho.

(1) Es un caso de fuerza mayor, art. 45 del C. Civil.

Esta rescisión en los casos en que se hace valer dentro del juicio es un incidente, pero no tiene la limitación del art. 437, que exige la reclamación de nulidad por vicios ocurridos en primera instancia antes de que se dicte sentencia definitiva. Dictada la sentencia, puede el rebelde solicitar la nulidad, formulando incidente, o por vía de recurso (1).

Pero el derecho de pedir la nulidad no se le puede negar cuando ésta se le notifica, porque es un principio de derecho, bajo cuyas bases descansa la paz pública y el valor de las sentencias, que nadie puede ser condenado sin ser oído; lo que se haga en contra de este principio, no sólo es un abuso de derecho, sino una odiosa tiranía.

Segundo caso: No recibir las copias de la demanda o no ser éstas exactas en su parte substancial.

Este artículo contempla dos casos diferentes: no recibir las copias y no ser éstas exactas en su parte substancial.

En el primer caso no existe notificación, no hay emplazamiento. Una declaración de un Ministro de fe que se apersone al demandado y le diga que en su contra hay un juicio, no haría prescribir a éste su derecho y podría pedir la nulidad en cualquier estado del juicio, en la forma establecida en el artículo 81.

Puede suceder el caso de que un alcance de nombres permita que el receptor entregue las copias a

(1) Una sentencia negó lugar al incidente, reservando los derechos para que se hagan valer como corresponda. Sant. ap. G. 1912, p. 1003, S. 607.

una persona diferente a la del verdadero demandado y en su contra se dicte la sentencia. ¿Podría éste oponerse al cumplimiento del fallo, alegando que él no es el demandado?

—La situación debe analizarse con respecto del verdadero deudor no notificado y del pretendido deudor que ha recibido la notificación.

Respecto del primero, los arts. 82 y 83 le confieren el derecho de pedir la rescisión de lo que se hubiere obrado en su contra, cuando se reunen las circunstancias que en ellos se indican. Los términos de esos artículos son amplios y autorizan el incidente de nulidad en cualquier estado del juicio, aunque se haya dictado sentencia de término.

Ante un juzgado de menor cuantía se presentó a este respecto, una curiosa situación. A hijo de B comparece a un juicio en que se ha dictado sentencia de término que se encuentra ejecutoriada y pide la nulidad de todo lo obrado, porque el juicio se ha seguido en contra de su padre B, que murió antes de la notificación. El juez da traslado de la petición y la otra parte contesta diciendo que el juicio se sigue en contra de B 2, hijo de B, que tiene el mismo nombre y apellido y que debe desecharse el incidente, porque es extemporáneo y está formulado por una persona que no tiene interés. El juez deniega esta petición y recibe a prueba el incidente. ¿Está bien esta resolución? Si tenemos en cuenta que la rescisión debe pedirla el rebelde, en este caso B 2, las gestiones de A no debieron ser admitidas, porque cualquiera que sea el resultado del juicio, A no tendrá que sufrir el cumplimiento de la sentencia. Podría argüirse que siendo A here-

dero y condenándose al muerto, la sucesión tendría que responder; pero tal argumento no es fuerte, pues si en realidad B ha muerto antes de la demanda, no hay sentencia en contra de la sucesión y no podría alegarse la cosa juzgada. Por eso, en este caso, el único que puede pedir la nulidad es el verdadero deudor y no un tercero, cualesquiera que sean las relaciones de familia que existan entre el peticionario y el rebelde, salvo el caso de que se trate de un representante legal.

La segunda situación del art. 83 se refiere a la disconformidad substancial entre la demanda y las copias.

Esta disconformidad substancial no puede ser otra que la omisión de aquellos elementos que al faltar sea imposible contestar la demanda. Tales serían por ejemplo, la falta del nombre del demandante, las peticiones de la demanda y el fundamento de la misma.

El art. 83 se refiere también a la falta de copia, cuestión que en realidad significa que no ha habido notificación.

El rebelde puede hacer valer sus derechos en cualquiera clase de juicios, a pesar de que algunos creen que en la preparación de vía ejecutiva por confesión de deuda, si no comparece el citado, aunque en realidad nada deba, se ha creado en su contra un título ejecutivo; pero esta opinión no tiene base, porque la confesión supone una obligación anterior no ejecutiva y es lógico que no se pueda fundar un título ejecutivo en obligaciones que no existen, y además, por una razón procesal que se deduce de los arts. 82 y 83 que no atienden a las cla-

ses de juicios, bastando que se reunan las condiciones que allí se exigen.

De todos modos, sería conveniente que el Código estableciera precisamente, qué requisitos de las copias autorizarían la rescisión.

Presentado el caso, tiene el rebelde cinco días para pedir la nulidad, a contar desde que apareciere o se acreditare que el litigante tuvo conocimiento personal del juicio.

La ley habla de conocimiento personal.

¿Qué debe entenderse por conocimiento personal?

—A nuestro juicio—como se trata de falta de copias o inexactas en su parte substancial, debe entenderse por conocimiento personal el hecho de que el demandado mismo se haya impuesto «del juicio», es decir, haya visto y leído la demanda, pues el art. 83 exige que no se le haya hecho saber *en persona*, ninguna providencia, lo que está indicando que procede pedir la nulidad, aunque la notificación sea personal, si el receptor no entregó las copias a la persona misma del reo.

Cabe, además, otra consideración en los juicios en rebeldía.

¿Puede ejercitarse este derecho cuando procede la notificación por los diarios?

Esta notificación procede en los casos de personas cuya individualidad o residencia sea difícil de determinar, o porque su número se dificultare considerablemente en la práctica de la diligencia.

Como esta es una notificación que la ley la equipara a la personal, (1) es necesario que en ella se

(1) Sant. ap. G. 1907. t. p. 49. S. 31.

reunan los requisitos exigidos en el art. 57, en concordancia con los números del artículo 251, en la forma establecida anteriormente y si alguno de estos falta, puede ejercitarse el derecho del rebelde. Pero además, sería admisible el derecho del rebelde si no siendo procedente la notificación por los diarios se le ha notificado en esta forma.

Una sentencia declaró que no era procedente para demandados residentes en el extranjero (1), y es lógico que así sea, porque la Ley Procesal Civil rige dentro del territorio. En materia penal se ha reglamentado la extraterritorialidad de la ley y se enumeran taxativamente los únicos casos en que procede; no puede, entonces, suponerse en materia civil un alcance tácito de la Ley Procesal.

Sin embargo, una sentencia declaró que para notificar por los diarios «no es menester que la persona que se trate de notificar resida en el extranjero» lo que significa que puede notificarse por los diarios a los residentes en el país y a los residentes en el extranjero. Tal doctrina es un error.

Concluímos, pues, que en los casos en que no ha sido procedente la notificación por los diarios. cabe alegar el derecho que el art. 83 confiere al rebelde, asímismo, cuando siendo procedente no se publica el aviso con las solemnidades legales, que constituyen requisitos substanciales.

---

(1) Sant. ap. G. 1913, t. 1.º, p. 93, S. 46. (2 V. en P.). y el informe del Defensor de Ausentes. (Ot. p. 1047, t. 2.º).

Labor del juez en los juicios en rebeldía en cuanto a la declaración de nulidad.

Nuestro derecho no faculta al juez para que declare una nulidad de oficio en los juicios en rebeldía. En nuestro criterio, tal omisión sería conveniente subsanarla y darle al juez facultad para declarar de oficio las nulidades de cualquiera naturaleza que sean, ocurridas en estos juicios. Borjas se expresa al respecto diciendo: «Puesto que la nulidad puede ser solicitada por la parte a quien perjudiquen los vicios de forma no debidos a la infracción de leyes de orden público, sería injusto dejar substituir contra dicha parte (rebelde) un vicio ignorado por ella. La ley debe tutelar los intereses del ausente y la parte no citada para el juicio o su continuación, se halla ausente sin su culpa» (1).

Mattirolo agrega, refiriéndose al rebelde declarado confeso: «parece como si descansase confiado en la cordura y en la imparcialidad de la autoridad judicial» (2).

Sería conveniente, entonces, que en nuestro derecho se le facultara al juez para declarar de oficio las nulidades de procedimiento, aún de interés privado, porque es de orden público que nadie sea condenado sin ser oído y más que eso, sin que pueda ejercer el sagrado derecho de la defensa.

En el proyecto que proponemos se contempla la

(1) Borjas, ob. cit., comentario al art. 233. t. 3.º.
(2) T. 2.º, N.º 213.

situación del rebelde y se confiere al juez la facultad de anular el procedimiento de oficio.

Jurisdicción voluntaria.

En la jurisdicción voluntaria, las nulidades procesales quedan entregadas únicamente a la actividad del peticionario, quien puede pedir la modificación de las resoluciones judiciales sin sujeción a los términos y formas establecidas para los asuntos contenciosos (art. 993). El juez puede además, modificar las resoluciones afirmativas, con tal que esté aún pendiente su ejecución. El artículo citado exige petición de parte. Sería conveniente que los tribunales tuvieran facultad para declarar nulos, de oficio, los actos de jurisdicción voluntaria que no cumplan todos los requisitos legales.

Ya que en estos asuntos no hay contradictor, debe el juez vigilar la correcta ejecución de las solemnidades, porque así se evita el peligro de que actos viciosos sirvan de fundamento a un derecho.

CAPITULO XXIII

Personas que pueden alegar la nulidad

Es preciso distinguir para estos efectos entre nulidades de orden público y nulidades de orden privado.

En cuanto a las primeras no hay dificultad en aplicarles las mismas reglas dadas para la nulidad absoluta del Derecho Civil, haciendo sin embargo una diferencia: en Derecho Procesal no es admisi-

ble que se pida la declaración de nulidad por un tercero, pues el Código nuestro sólo admite en el proceso la actividad de los que, según el mismo Código, sean considerados como partes.

Un tercero no podrá intervenir para pedir una nulidad absoluta. El juez no puede aceptar tales gestiones y si declara la nulidad, no lo hará en consideración a la petición del tercero, sino en virtud de la facultad para declararle de oficio estas medidas.

Puede, entonces, declararse:

1.º A petición de cualquiera de las partes;

2.º De oficio por el juez; y

3.º A petición del Ministerio Público.

Se comprende la razón del por qué las nulidades de orden público pueden ser alegadas por ambas partes, si se considera que este orden está por encima del interés de los litigantes.

La ley a este respecto es tan estricta que teme que se haga derecho común la aceptación de irregularidades, en el silencio de las partes y admite en ciertos casos la declaración de oficio de faltas que por naturaleza constituyen vicios del proceso, generalmente de orden particular: tal sucede con la facultad que tienen los Tribunales de Alzada, para casar de oficio la sentencia, cuando se falta a algún trámite esencial que autorice la casación.

El orden privado de tales trámites se revela en el hecho de que sea «indispensable» reclamar del vicio en primera instancia, «por todos los recursos legales» y aún más: no basta interponer los recursos, sino que debe seguirse su prosecución, sin que

se incurra en deserciones, renuncias, desestimientos, abandonos de instancia o prescripciones; sin embargo, estas mismas omisiones autorizan la casación de oficio, para cuyo establecimiento se tuvieron en vista los arts. 10 y 1693 del Código Civil, que se refieren a las nulidades absolutas.

Las nulidades de orden privado, en cambio, sólo pueden ser alegadas por las personas que han sufrido agravio con la ejecución del acto irrito. es decir, que han sufrido un perjuicio.

Por eso, repetidas sentencias de las Cortes de Apelaciones han resuelto que al exigir la ley que el recurso de casación haya sido interpuesto por la parte agraviada, quiere decir que el recurrente se perjudique con la aceptación del acto o actos nulos ejecutados en beneficio del contrario.

CAPITULO XXIV

Proyecto de reforma en materia de nulidades

La doctrina de las nulidades procesales reglamentada ya, en gran número de los Códigos modernos, no ha entrado todavía a formar parte de nuestra literatura procesal.

El legislador se preocupó de reglamentar únicamente los actos que marcan la ritualidad del proceso, que son los puntos culminantes de su desarrollo y que sirven para unir los dos extremos del juicio: la demanda y la sentencia.

Pero las infinitas actuaciones, que son a su vez los intermedios entre cada trámite esencial, fueron descuidados, sin detenerse a pensar que ellos

determinan, no sólo la validez del proceso en cuanto a la forma, sino en cuanto al fondo, porque todos, cual más cual menos, contribuyen a formar el criterio al juzgador. Así, por ejemplo: una sentencia puede basarse únicamente en prueba testimonial; pero si ésta prueba no ha sido autorizada por un Ministro de fe, no tiene valor; es un acto nulo, y en un acto nulo, no es justo fundar un fallo válido.

La importancia del asunto es sobradamente conocida; casi no hay juicio en que no se haya alegado alguna vez la nulidad de algún acto, de mala fe algunas veces, de buena fe, otras.

El análisis de los sistemas adoptados y de la doctrina de los autores, nos permiten aconsejar como principio, que no se declare una nulidad sin que tenga el interesado un derecho comprometido, de tal manera que el acto nulo le cause a éste un perjuicio sólo reparable por la declaración de nulidad.

El Código Francés, en su última reforma, por ley de 20 de Febrero de 1925, introdujo algunas modificaciones a su sistema, suprimiendo algunas declaraciones de nulidad expresadas en ciertos artículos, (61 a 64), y respecto del acto de citación cuando «en la petición de nulidad la defensa tenga un interés». La fórmula la critica Glasson, porque no se trata de los intereses de la defensa, sino de saber si la irregularidad ha causado o no perjuicio tal que la nulidad deba ser declarada.

Aconseja Glasson que se adopte una regla general para todos los actos de procedimiento bajo la base de los perjuicios (1). Para Garsonnet y Mour-

(1) Locuciones citadas.

lon es ésta la solución del porvenir y muchos otros son los que aconsejan este principio, ya adoptado en el Código Ginebrino y propuesto a la Cámara Italiana por el Ministro Orlando en su proyecto de 1916 (1) que no fué acordado.

Se podrá argüir en su contra la posibilidad de incidentes dilatorios, pues la parte en contra de quien se alega la nulidad pretextaría siempre la falta de perjuicios. Consideramos, sin embargo, que este peligro es más aparente que real, pues, en todo caso en que deba declararse una nulidad, debe darse traslado, motivándose siempre un estudio de parte del tribunal. Aún bajo el principio adoptado por los Códigos Francés, Italiano y Venezolano en forma expresa, de que las formalidades substanciales autorizan la nulidad, no es posible evitar la alegación de la otra parte en el sentido de que no es esencial la formalidad omitida; cuestión fácil de que se produzca, porque los Códigos no disponen qué formalidades son substanciales en cada caso. De tal manera, pues, que esta objeción no tiene mayor importancia, y el principio resulta superior a la doctrina de las nulidades substanciales, porque éstas colocan al juez en la situación de declarar siempre una nulidad aunque la parte que la obtenga no alcance ningún beneficio jurídico.

De aquí que Mortara aconseje que se declare una nulidad en el caso alegado y probado de que la omisión o la violación hayan lesionado positivamente el derecho de la parte que se queja de ellas. Tal doctrina importa un intermedio entre la de

(1) Proyecto citado.

Romagnosi que defiende las nulidades substanciales y la de los que no aceptan esta declaración sino en el caso de un perjuicio absoluto.

La adopción de tal sistema importaría para nosotros apreciables ventajas:

1.º Porque determinarían en forma precisa la sanción de los actos de procedimiento que no reunen los requisitos legales;

2.º Porque reconocería expresamente la doctrina de los elementos substanciales de los actos, atenuada por el principio de que no hay nulidades sin perjuicio;

3.º Marcaría un paso hacia el ideal moderno de que no se pierda una litis por falta de formas;

4.º Porque se evitarían en gran número los incidentes de nulidad, ya que para alegarlos es necesario sufrir un perjuicio por la falta de formalidades sólo subsanables por la declaración de nulidad.

Estas ventajas nos permiten aconsejar un sistema que podría reducirse a los siguientes artículos:

PROYECTO

Artículo 1.º A los jueces les corresponde la instrucción, dirección y vigilancia del desarrollo del proceso y estarán facultados para evitar, corregir o subsanar los vicios materiales que puedan anular cualquier acto de procedimiento.

Esta nulidad sólo puede declararse cuando se falta a un elemento substancial para la validez del acto; pero, *podrá* el juez no acoger la petición de nulidad, si la parte que la invoca no ha sufrido un perjuicio reparable sólo por la anulación del acto.

Art. 2.º La declaración de nulidad no producirá efecto sobre los actos independientes anteriores o posteriores al acto nulo.

Art. 3.º Cuando la falta se notare en la instancia en que ha ocurrido el acto nulo, se fijará por el tribunal un plazo para la renovación de éste o repondrá la causa al estado de ejecutarse nuevamente dicho acto, cuando haya sido esencial para la validez de los posteriores.

El acto nulo podrá renovarse aunque haya trascurrido el plazo perentorio que la ley autorizaba para su ejecución, salvo el caso de que la nulidad emane precisamente de la circunstancia de haberse ejecutado el acto fuera de dicho plazo perentorio.

Art. 4.º Si la falta se notare por el tribunal de segunda instancia se procederá conforme a las reglas de la casación de oficio, reponiéndose el proceso al estado de dictarse nuevo fallo, previa prescripción del acto o actos nulos.

Art. 5.º Procederá también la nulidad de las sentencias, por vía de casación, cuando se haya omitido la firma del secretario.

Art. 6.º No podrá decretarse la nulidad de ningún acto de procedimiento, sino cuando se alegue por la parte interesada, en contra de la cual se hace valer el acto nulo; pero no será necesaria esta petición, cuando se trate de una ley de orden público y cuando al demandado no se le ha citado al juicio, o no ha podido comparecer, a virtud de impedimento legal, de manera que haga valer su derecho. Puede en estos casos declararse de oficio en cualquier estado de la causa.

Art. 7.º El incidente de nulidad podrá deducirse en cualquier estado de la causa, dentro de la instancia en que ha ocurrido el acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 58 del Código de Procedimiento y de lo que el Tribunal Superior resuelva, cuando fuese procedente la casación de oficio.

Art. 8.º Cuando la ley declara expresamente una nulidad, o cuando la falta de un requisito esencial es de todo punto indispensable para la ejecución del acto, de tal manera que sin él el perjuicio sea evidente, podrá el juez, atendidas las circunstancias del caso particular de que conoce, declarar la nulidad a virtud de la sola petición de la parte en contra de quien se hace valer el acto, debiendo dictar un auto fundado.

La apelación procederá en lo devolutivo.

COMENTARIO Y ORIGEN DEL PROYECTO.

Art. 1.º Para la redacción de este artículo nos ha servido de base el art. 56 del Código Italiano; el 229 del Código Venezolano y el art. 1.º del proyecto Orlando a la Cámara Italiana y la doctrina de Mortara anteriormente expuesta.

Se consagra en esta disposición un principio necesario a nuestro derecho: darle al juez facultades para dirigir el proceso y evitar se incurra en nulidades que entorpezcan la marcha del juicio. El procedimiento venezolano, aplicando este principio, faculta al juez para que de oficio ordene la corrección de un acto (nó la renovación del acto nulo). Dice Borjas que en virtud de esta facultad, el juez puede subsanar faltas materiales como la omisión de una firma, un error de fecha o de foliatura (art. 27 Proc. Civil Venezolano).

El artículo que proponemos no autoriza al juez para que declare siempre una nulidad. Usará esta facultad en los casos dudosos, cuando del tenor de la disposición se desprende el carácter esencial de una formalidad; pero si la ley expresamente declara esta sanción, no tiene por qué entrar a interpretar si hay o no perjuicios: la sanción legal debe cumplirse sin discusión.. Por eso se emplea la expresión «podrá», que deja este derecho a la apreciación del tribunal, en los casos dudosos. Por ejemplo: Se pide la nulidad de un remate por falta de cartel. Si la omisión de este requisito no causa perjuicios, no se decretará la nulidad; igualmente, si se pide la nulidad de un embargo, porque

no se ha hecho entrega al depositario y la falta de esta entrega no impide al ejecutado ejercer su derecho, no se declarará nulo el acto.

Art. 2.º Se consagra en este artículo la doctrina que ya ha sido adoptada por los Códigos modernos y en virtud de la cual, los actos aislados de procedimiento no producen efecto sobre los demás y su anulación sólo autoriza a que se ordene su renovación; por ejemplo, un informe pericial dado por un perito inhábil. Este informe en nada afecta a los demás actos del procedimiento.

Art. 3.º Este artículo completa el anterior y distingue entre los actos esenciales para la validez de los posteriores y los independientes. En el primer caso, se ordenará siempre la reposición del proceso, anulándose todas las diligencias posteriores que dependan del acto nulo. Por ejemplo, el demandado no comparece al juicio y el actor pide que se le notifique por el Estado por no haber designado domicilio; se le notifica en esta forma, seis meses después de la última resolución, el auto de la prueba y la citación a absolver posiciones, y el cítese para sentencia. En este estado comparece el demandado y pide la nulidad: el juez deberá reponer el proceso al estado de que se notifique la recepción de la causa a prueba en forma legal.

En el segundo caso, cuando el acto no influye sobre los demás del procedimiento, el juez ordena la renovación del acto independiente en un plazo prudencial.

Art. 4.º Este artículo conserva la facultad privativa de los jueces de segunda instancia, para declarar de oficio una nulidad cuando la omisión sea de

un trámite esencial o de alguna nulidad expresamente declarada por la ley.

Además, en este caso, procede siempre la reposición del proceso, porque el tribunal de primera instancia para ejecutar el acto nuevamente, necesita jurisdicción y al dictar sentencia pierde este derecho; necesita entonces que se anule ésta y se practique de nuevo el acto antes de dictar sentencia.

Art. 5.º Est artículo evita la discusión acerca de la importancia de la firma del secretario en las sentencias; se le declara causal de casación; de esta manera, no es dable alegar que tal omisión tiene como consecuencia la inexistencia del fallo.

Art. 6.º La disposición del art. 6.º consagra el principio de que las nulidades sólo pueden ser declaradas a instancias de parte.

Es la doctrina que defienden la mayor parte de los autores y que consagra el Código Italiano en el art. 57, el Código Venezolano, en el art. 233, el Código de la provincia de Buenos Aires, en el artículo 25.

Sin embargo, el juez puede declararlas de oficio cuando la nulidad es de orden público. El art. 25 del Código argentino establece que los jueces no podrá declarar de oficio, pronunciar revocatorias o nulidades, «salvo que éstas sean absolutas». Hemos preferido en el proyecto establecer esta excepción para cuando se trata de nulidades de orden público, para no confundir la acepción nulidad absoluta del Código Civil con la del Código de Procedimiento, ya que éstas últimas no se rigen por las

reglas de la prescripción civil y deben alegarse siempre dentro del proceso.

Se consagra, además, una modificación importante a nuestro sistema procesal: la protección del rebelde por el juez. Cuando en un juicio una de las partes no comparece, debe el Estado tutelar sus derechos; es, como dice Borjas: un ausente, y nadie mejor que el juez puede ejercer esta tutela evitando que el compareciente se aproveche de situaciones desventajosas y funde su derecho en actuaciones viciadas. Hay un interés público superior porque todo proceso termine con la más fiel expresión de verdad y nunca será ésta suficiente si se ha fundado en actos viciosos.

En otros países se protege al rebelde con el recurso de oposición, en virtud del cual éste puede oponerse al cumplimiento del fallo y exigir se subsanen los vicios de procedimiento.

Art. 7.° Reproduce el principio del art. 437 del Código en forma más precisa, disponiendo que debe alegarse la nulidad en la instancia en que se ha producido la infracción. Principio necesario para que se deje establecido que toda nulidad de procedimiento que no importe un vicio de casación se sanea con la sentencia, dejándose a salvo la facultad del tribunal para declarar de oficio una nulidad en la forma y casos que la ley autoriza.

Art. 8.° Tiene por objeto este artículo evitar las dilaciones del procedimiento y pone al juez más en contacto con la dirección del proceso. Hay situaciones especiales que no requieren un traslado a la otra parte para resolver una nulidad. El juez entonces, lisa y llanamente declara la nulidad, con

lo cual se evitan demoras y gastos que necesariamente benefician a los litigantes. Pero esta facultad es especial y debe usarse con prudencia; en todo caso, le queda a salvo al contrario, la apelación, sin que este recurso entorpezca el procedimiento. El artículo que proponemos lo consideramos de importancia, porque marca un paso al ideal de que el juez sea el que dirija el debate, evitando o subsanando los vicios de procedimiento.

Los artículos propuestos evitan en parte la obscuridad que sobre esta materia mantiene el Código, y evita también que expresiones vagas den motivo para que, precisamente, se cometan abusos al usar de la facultad que se pretende dar al juez con tales expresiones.

Por eso criticamos el artículo 3.° del proyecto de reforma de la Comisión Reformadora del Código, porque a nuestro juicio, el Código de Procedimiento debe condensar principios que miren a la actuación de la ley en el proceso, ya que por naturaleza la idea de procedimiento indica movilidad, acción, y esto no se consigue estableciendo principios de una amplitud exagerada, como declarar que el ejercicio abusivo del derecho no es protegido por la ley.