

070243

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

LA NULIDAD EN EL PROCESO CIVIL



TESIS PRESENTADA POR
GASTON OVIDIO GOMEZ

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE
DOCTOR EN JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, C. A.

NOVIEMBRE DE 1974



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR EN FUNCIONES

DOCTOR CARLOS ALFREDO CASTILLO

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR MANUEL ATILIO HASBUN

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO DOCTOR LUIS DOMINGUEZ PARADA

SECRETARIO

DOCTOR PEDRO FRANCISCO VANEGAS CABAÑAS

ASESOR DE TESIS:

DOCTOR CARLOS ALFREDO RAMOS CONTRERAS

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

PRESIDENTE DOCTOR JOSE NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

1o. VOCAL DOCTOR MAURICIO ALFREDO CLARA

2o. VOCAL DOCTOR ROMAN GILBERTO ZUNIGA VELIS

TRIBUNAL DE EXAMEN GENERAL

PRIVADO SOBRE " MATERIAS PROCESALES Y LEYES

ADMINISTRATIVAS'

PRESIDENTE	DOCTOR FRANCISCO ARRIETA GALLEGOS
1o. VOCAL	DOCTOR JULIO DIAZ SOL
2o. VOCAL	DOCTOR JOSE IGNACIO PANIAGUA

TRIBUNAL DEL EXAMEN GENERAL PRIVADO

SOBRE "MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES'

PRESIDENTE	DOCTOR ANGEL RAMOS COELLO
1o. VOCAL	DOCTOR RUBEN ANTONIO MEJIA
2o. VOCAL	DOCTOR GABRIEL GALLEGOS VALDEZ

TRIBUNAL DEL EXAMEN GENERAL PRIVADO

SOBRE " CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLA-

CION LABORAL "

PRESIDENTE	DOCTOR GABRIEL GALLEGOS VALDEZ
1o. VOCAL	DOCTOR MARIO SALAZAR VALIENTE
2o. VOCAL	DOCTOR SANTIAGO RUIZ

=====

I N D I C E

Páginas

I N T R O D U C C I O N

Primera Parte

CAPITULO I LAS FORMAS PROCESALES

a) Concepto de Forma Procesal.....	1
b) Fundamento y Justificación de las Formas en el Proceso.....	5
c) Sistemas de Establecer las Formas en el Proceso.....	8

CAPITULO II GENERALIDADES SOBRE LAS NULIDADES

a) Concepto de Nulidad.....	14
b) Nulidades Procesales y su diferencia con las Nulidades Civiles.....	23
c) Clasificación de las Nulidades.....	30
d) Elementos Fundamentales de las Nulidades Procesales.....	40

Segunda Parte

CAPITULO III SINTESIS HISTORICA SOBRE LA NULIDAD EN LA LEY SALVAOREÑA.....

	64
--	----

CAPITULO IV PROCESO CIVIL Y NULIDADES

a) Acto Procesal Nulo y Nulidad de la Relación Jurídica Procesal.....	73
b) Motivos de Nulidad.....	82
c) Declaración de Nulidades. Requisitos.....	104
d) Consecuencias de la Declaración de las Nuli- dades.....	107

	Páginas
e) Subsanción y Extinción de las Nulidades.....	109
f) Diferencias entre la Regulación sobre Nulidades en el Código de Procedimientos Civiles vigente y el Proyecto de Código Procesal Civil.....	112
g) Conclusiones Generales.....	114

- JURISPRUDENCIA -

INTRODUCCION

El estudio relativo a la materia de las nulidades procesales tiene tanta importancia como la que se concede generalmente en el Derecho Procesal al nacimiento y modificación de los actos y relaciones jurídicas que tienen lugar en el proceso. Mediante el estudio de ese aspecto negativo, por el incumplimiento de los requisitos de forma, es posible comprender la naturaleza de los derechos fundamentales establecidos a favor de las partes y las facultades de que dispone el órgano jurisdiccional para poder cumplir su cometido de administrar justicia o sea, la de cumplir una función pública.

Poro además de los aspectos señalados, el tema que será objeto de nuestro estudio permite el conocimiento de la verdadera función de las formas en el proceso, no como actos de mero formalismo sino como medios de salvaguardar los derechos a que hemos hecho mención.

En nuestro medio dicho estudio reviste desde luego particular importancia si se toma en cuenta que las regulaciones establecidas no han sido debidamente sistematizadas, sino que por el contrario son el resultado de reformas parciales.

De acuerdo a las razones anteriores, en nuestro estudio nos proponemos analizar las características fundamentales del fenómeno de la nulidad procesal y del tema que le sirve de antecedente, o sea, el de las formas procesales para luego con base al mismo referir todo lo relativo a la materia de nulidades con la actividad denominada proceso civil, con el objeto de arribar a conclusiones respecto de lo que consideramos debía de ser objeto de una nueva regulación sobre nulidades procesales.

C A P I T U L O I

L A S F O R M A S P R O C E S A L E S

a) CONCEPTO DE FORMA PROCESAL.

Las nulidades procesales han sido establecidas por la ley, como un medio de asegurar el cumplimiento de los fines de las formas procesales por lo que en los casos de inobservancia de esas formas, se priva a los actos y trámites del juicio de los efectos que normalmente debían producir. La consideración anterior, explica la necesidad de que como tema introductorio al que será objeto principal de nuestro trabajo analicemos, aunque brevemente, el relativo a las formas de los actos procesales.

Al observar la actividad del estado, nos damos cuenta que en el cumplimiento de sus fines públicos y sociales, expresa su voluntad soberana y colectiva dictando normas de derecho, con carácter imperativo, destinadas a establecer un ordenamiento de las relaciones de la vida social y a garantizar o tutelar intereses de los individuos.

Pero además de declarar el derecho, el estado tiene como atributo la de poder imponer su observancia en los casos de duda o incertidumbre en su cumplimiento, a favor de aquellos intereses protegidos por la norma de derecho objetivo. Para la realización de esta última actividad, denominada función jurisdiccional, mediante la cual se

sustituye la voluntad de los particulares, titulares de los intereses protegidos por el derecho, existe una organización judicial, y un procedimiento al cual se sujetan la producción de los actos procesales, en cuanto a condiciones de tiempo, forma, contenido y colocación. Ese procedimiento nace como dice Podetti, "con la petición de protección jurídica del actor ante el poder jurisdiccional; se desarrolla gracias al ejercicio, por el órgano y los sujetos de las diversas facultades que integran la acción, mediante las formas procesales y tiene por fin la actuación del derecho objetivo, en procura de la satisfacción del interés individual de los sujetos y del general mantenimiento del orden jurídico estadual" (1).

LA FORMA PROCESAL ELEMENTO OBJETIVO DEL ACTO JURIDICO. De lo expuesto llegamos a la conclusión que las actuaciones judiciales, como expresiones de los sujetos de la relación jurídico procesal, son manifestaciones de voluntad, jurídicamente lícitas, que participan de todos los elementos del acto jurídico.

Esos actos procesales tienen un elemento objetivo, un modo de expresar la voluntad de quien los realiza, ese elemento es la forma procesal. La función por consiguiente de la forma es darle vivencia al acto procesal.

(1) J. Ramiro Podetti. Dcho. Procesal Civil, Comercial y Laboral. Buenos Aires. EDIAR. Editores 1959.-

LA FORMA PROCESAL CONDICIONA EL EJERCICIO DE LA FUNCION JURIS-
DICCIONAL.- Además de participar de esa función esencial es un medio
o instrumento para el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

En efecto, la ley establece las formas como un medio de garan-
tizar o asegurar los intereses protegidos por el derecho, excluyen-
do el arbitrio de los particulares. Es así como en lo que denomina-
mos procedimientos judiciales, están previstas condiciones referen-
tes a lugar, tiempo y medios de expresión de los actos procesales,
como condición de validez de éstos y a cuyo cumplimiento están suje-
tos tanto las partes, en el ejercicio de sus respectivos derechos,
como también el órgano jurisdiccional.

Como un medio de asegurar el cumplimiento de los fines asigna-
dos a las formas, establece la ley sanciones en caso de infracciones
a dichas formas que consisten, especialmente, en privar a las actua-
ciones judiciales de sus efectos normales.

LAS FORMAS PROCESALES SON DE DERECHO PUBLICO Y SIRVEN PARA APLI-
CAR EL DERECHO OBJETIVO.- Finalmente como elemento del concepto que
analizamos, diremos que siendo el derecho procesal una rama del dere-
cho público las formas procesales participan de la naturaleza de éste
y en consecuencia, son un medio de aplicación del derecho sustantivo.

Resumiendo podemos enunciar los elementos principales diciendo
que las formas procesales constituyen un vehículo de expresión de la
voluntad, como elemento objetivo del acto; son reglas legales de

obligatorio cumplimiento para la validez de los actos procesales y sirven para que el proceso pueda desarrollarse, en cuanto a la debida colación de los actos procesales.

Finalmente, basados en la exposición anterior y en otras definiciones de lo que es forma procesal, podemos ensayar nuestra idea diciendo que las formas procesales son reglas legales o procedimientos establecidos para las partes y los órganos jurisdiccionales, con carácter obligatorio, como condición de validez de los actos procesales, y del desarrollo normal del proceso, relativas a circunstancias del lugar, tiempo, modo y orden de ejecución de los actos de procedimiento y cuyo fin es garantizar los derechos de las partes y que la sentencia judicial cumpla su fin.

Son ejemplos de formas de los actos procesales: la obligación de que las actuaciones judiciales, como las peticiones de las partes, se hagan en idioma castellano; la necesidad de autenticar conforme a la ley, los documentos emanados de país extranjero y presentados en juicio; la obligación de efectuar los actos procesales en un lugar determinado; la obligación de señalar día y hora para la práctica de actuaciones judiciales; la necesidad de juramentar un testigo o un perito bajo determinada fórmula, etc. Y son ejemplos de forma en el proceso: la necesidad de emplazar, en legal forma, al demandado; en autorizar la sentencia en la forma que la ley establece; la de abrir a pruebas el juicio; la de oír a la parte contraria, en los casos que la ley lo señale, etc.

b) FUNDAMENTO Y JUSTIFICACION DE LAS FORMAS EN EL PROCESO.

El formulismo procesal ha existido en todas las organizaciones sociales; pero de igual manera que como ocurre con el derecho, las formas procesales han sido diferentes como consecuencia de determinadas condiciones sociales, económicas y políticas. Algunas formas válidas o necesarias para la época en que se instituyeron, se fueron manteniendo en la legislación por tradición o por criterio conservador.

Al referirnos al fundamento y justificación de las formas en el proceso, es en relación con el sistema creado por la doctrina individualista y liberal, del régimen democrático, conocido como estado de derecho, en el cual las formas al igual que las demás instituciones del proceso civil han sido establecidas como una garantía de los intereses de las partes, contra lo que esta doctrina considera abusos del estado y creando una situación de igualdad jurídica entre las mismas partes.

La intervención del juez en el sistema antes mencionado, se encuentra limitada a fin de proporcionar la garantía ya dicha, y como dice Ugo Rocco, las normas procesales han establecido las formas "en garantía de la mejor administración de justicia y de la seguridad acerca de los modos de conseguir no menos que para actuar el principio de igualdad de las partes en el proceso y del contradictorio". (1)

(1) Ugo Rocco, Teoría General del Proceso Civil, Editorial Porrúa - México 1959. Pág. 511.

El fundamento por tanto de las formas procesales está en una garantía individual que dada su importancia, ha sido consignada en las constituciones políticas de los estados, principio constitucional que reconoce el derecho de toda persona a un procedimiento legal o sea a ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes (1).

Consideramos, por las razones antes expuestas, necesario el estudio de los principios y derechos que derivan de la mencionada garantía constitucional, a fin de comprender como en cada uno de ellos se justifica el sistema de las formas procesales que les sirve de elemento protector.

Dichos principios son: a) Obligatoriedad de las formas; lo cual significa que el proceso debe ajustarse a reglas preestablecidas relativas a la manera de tramitar los juicios, al tiempo en que deben realizarse los actos procesales, al lugar en que dichos actos deben efectuarse, a las personas que pueden participar en los trámites y al orden que debe seguirse en el desarrollo del proceso; b) Igualdad de las partes; en virtud del cual se conceden oportunidades equivalentes a las partes para la defensa de sus respectivos derechos dentro del juicio; c) Regulación y Garantía en el proceso; Es decir que existe un procedimiento previamente establecido, en el cual se concede en sus fases esenciales la garantía de audiencia y d) Una Decisión legal; Se refiere a que el proceso contenga obligaciones

(1) Art. 164 Constitución Política.

para el Juez como una garantía contra el error y la arbitrariedad judicial, cuando por sentencia decida el asunto.

Para la protección de los derechos anteriores se establecen en la ley formas procesales cuyos fines son: a) que se haga saber debidamente la existencia de la demanda; b) que se permita participar en el juicio, exponiendo las razones que obren a favor de la parte y presentar las pruebas pertinentes; c) derecho a ser demandado ante juez competente; d) que se concedan las audiencias correspondientes, cuando la ley lo ordene y d) que se de derecho a la interposición de recursos, cuando estos fueren procedentes.

El fundamento y justificación de las formas procesales es, por consiguiente, salvaguardar la garantía constitucional y derechos enumerados anteriormente; y además, limitar las facultades de las partes y el Juez, en cuanto intervienen como sujetos de la relación jurídico procesal.

Es importante tener presente el criterio antes expuesto, por cuanto en la apreciación o estudio de las nulidades nos será útil, por que la irregularidad en el cumplimiento de las formas, no siempre produce nulidad; la forma procesal no existe por la forma misma, sino que se ha establecido para el cumplimiento de un propósito, luego entonces si ese propósito ha quedado salvaguardado, no obstante la irregularidad o irformalidad de un acto procesal, éste puede subsanarse o validarse.

c) SISTEMAS DE ESTABLECER LAS FORMAS PROCESALES.

En la regulación de las formas procesales se reconocen medios que van desde una rigidez extrema hasta una flexibilidad limitada, o a una libertad en el uso de las formas procesales y así se habla de tres sistemas principales: a) El sistema Romano; b) El de la legalidad de las formas procesales y c) El sistema austriaco y alemán o de la libertad de las formas.

El primer sistema es de un formalismo extremo, considerando al procedimiento como sucesión de actos sacramentales, por cuyo motivo las formalidades aun las de poca importancia son estrictamente obligatorias y su incumplimiento indefectiblemente acarrea nulidad.

El segundo sistema es el de la libertad de las formas, de origen francés, cuyos principios básicos, después de su evolución, son actualmente: a) sólo la ley puede establecer las formas procesales, facultad que se expresa al dictar normas sobre la composición del poder judicial, sobre la ejecución de los actos en el proceso; la forma de intervenir en el juicio, la de aportar pruebas, etc. y, b) las formas están establecidas como garantía de los derechos procesales de las partes; por consiguiente, no es permitido usar fórmulas similares o análogas y su incumplimiento trae como consecuencia la invalidez del acto procesal, siempre que sea manifiesto que se ha causado perjuicio al derecho de defensa.

El tercer sistema o sea el de la libertad de las formas es un sistema que faculta al Juez, según las circunstancias, para establecer las formas procesales, dejando siempre a salvo el derecho de defensa de las partes. Su objetivo es permitir que el procedimiento se agilice o se simplifique. Una aplicación de este sistema es el denominado "principio de la elasticidad de las formas procesales", por ejemplo, cuando se permite realizar el acto "en la forma más idónea" o en la que "mejor responda al fin perseguido por el acto".

El sistema de la legalidad de las formas no obstante ser un medio de garantía de los derechos de las partes, da lugar a abusar como cuando se establecen fórmulas absurdas o sin objeto alguno, o bien cuando al aplicarlas, el Juez vuelve el proceso lento por el exceso de formalismo.

El sistema de la libertad de las formas procesales es también ventajoso, por cuanto simplifica el proceso; pero requiere que los funcionarios judiciales tengan una excelente formación profesional, formando parte asimismo de una buena organización judicial, que por tales motivos sea de confianza para el público.

SISTEMA DE NUESTRA LEGISLACION

El proceso civil en nuestra legislación es una institución tomada del Derecho Español y uno de los principios que lo inspiran es el de "Rogación del Procedimiento" y a la luz del cual el Juez ha sido colocado como un mero espectador en el juicio y cuya acti-

vidad sólo entra en juego cuando es necesaria para garantizar los intereses privados de las partes; no tiene facultades de dirección o iniciativa y sólo restringe la intervención individual de las partes, a lo establecido por la ley. El juez procede sólo a solicitud de parte (1), su instrucción se limita a las pruebas ofrecidas y aportadas y a los hechos expuestos, recayendo las sentencias "sobre las cosas litigadas y en la manera que han sido disputadas, sabidas que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso" (2).

Las formas procesales, como parte de ese proceso civil obedecen a los mismos fines. El sistema adoptado es el de la legalidad de las formas, con ese mismo criterio individualista y liberal de crear una pretendida igualdad entre las partes, la que constantemente se ve negada en la realidad de acuerdo a los intereses en disputa.

Esa legalidad de las formas no es, sin embargo, aplicado de manera rigurosa al grado de que la mínima inobservancia de las formas, traiga como consecuencia la invalidez o nulidad de algún trámite o acto de procedimiento; se considera que las formas son un medio para conseguir un fin; por consiguiente, la falta o irregularidad de la forma no produce nulidad si apareciere que la infracción de que se trata no ha producido ni puede producir perjuicios al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido.

(1) Art. 1299 Pr.
(2) Art. 421 Pr.

No existe, por consiguiente, para las partes y para el Juez facultad para usar libremente las formas; ni para usar fórmulas similares o idóneas que logren el fin perseguido con el acto procesal.

Existen, sin embargo, ciertas disposiciones en la ley procesal que se refieren a facultades judiciales o de convención de partes, sobre regular determinadas formas o trámites, pero no son una excepción al sistema; dicha facultad no es ni arbitraria, ni concedida para ser usada según el criterio del Juez. En el caso de las regulaciones convencionales, éstas son permitidas como facultad para derogar las formas legales, cuando con ella no se afecte un interés público. Así por ejemplo, no puede alegarse prórroga de la jurisdicción por consentimiento, expreso o tácito, cuando la jurisdicción es improrrogable.

Son ejemplos de regulaciones convencionales permitidas por la Ley: la facultad de prorrogar la competencia, la de renunciar, con juntamente, a parte del término de prueba o a los alegatos de buena prueba, la de nombrar conjuntamente peritos, la de someter el asunto a jueces árbitros o amigables componedores.

Esa facultad de poder regular convencionalmente las formas del juicio, hasta el grado de poder derogar la jurisdicción ordinaria o terminar un asunto judicial pendiente, es una garantía constitucional (1) y ratificamos que tal facultad solo se tiene

(1) Art. 174 Cn, Inc, 2o.

cuando no se afecte un interés público. Ese criterio lo podemos deducir y confirmar si analizamos los casos que conforme al Código Civil (1) y al Código de Procedimientos Civiles (2), se permite la transacción y las causas que no pueden ser sometidas a árbitros o arbitradores.

No obstante la poca participación que en nuestro sistema tiene el Juez en la dirección del proceso civil, existen algunas facultades judiciales encaminadas a regular las formas según el criterio del Juez, en cada caso. Son ejemplos de lo relacionado: Las medidas que puede ordenar para mejor proveer, o su ampliación; la facultad de abrir a pruebas o no, cuando la ley en algunas disposiciones dice "y se abrirá a pruebas si fuere necesario"; la facultad que tiene el Juez de conceder ampliación del término de prueba como en el caso de prueba especial de tachas de testigos, (3) o cuando habiendo estado pronta la parte a presentar sus testigos, no fueren examinados por una causa independiente de su voluntad (4). Asimismo, es de ese tipo de facultades la de poder ordenar, cuando fuere útil para el esclarecimiento de los hechos la inspección ocular en el juicio (5);

(1) Arts. 2196 y 2197 C.

(2) Art. 64 Pr.

(3) Arts. 339 y 340 Pr.

(4) Art. 251 Pr.

(5) Art. 366 Pr.

Concluimos diciendo que salvo los casos de estar facultado el Juez, en ciertos casos, para proceder de oficio, o para hacer mutaciones o revocaciones también de oficio y de poner coto a la malicia de los litigantes, como cuando hicieren solicitudes moratorias o impertinentes con el mismo propósito,(1) no existen otras facultades de importancia, relativas a la dirección del proceso y sobre el fondo de la litis; por lo que sólo cuando esas facultades se concedan podremos decir que el Juez actuará como representante de la jurisdicción y que el proceso tendrá naturaleza de público, y puesto por parte del Estado al servicio de los ciudadanos.

(1) Art. 1293 Pr.

C A P I T U L O I I

GENERALIDADES SOBRE LAS NULIDADES PROCESALES

a) CONCEPTO DE NULIDAD PROCESAL

En el capítulo anterior destacamos la importancia de las formas procesales en el desarrollo de la función jurisdiccional y señalamos que las mismas, de acuerdo a los fines para los cuales se encuentran instituidas, constituyen un sistema legal inderogable por la voluntad de quienes intervienen en el juicio como jueces, partes o terceros.

'La validez de los actos procesales y los trámites del juicio por consiguiente, está condicionada al cumplimiento de las formas y su inobservancia ya sea por causa de omisión, violación, apartamiento o desviación de las normas legales, hace que los actos adolezcan de un vicio o defecto en los elementos necesarios para que dichos actos cumplan los fines antes referidos.'

Es por ello que en la ley los vicios han sido previstos como causas de nulidad y al referirse a un acto que los contenga se dice que el mismo es nulo, significando con ello la condición de acto irregular. Pero además de ese significado en el lenguaje forense el término nulidad sirve para indicar la sanción que en forma de decisión judicial se pronuncia dejando sin efecto o sin valor los actos viciados.

Dos son por lo tanto las acepciones corrientes del vocablo nulidad: vicio del acto y sanción legal por incumplimiento de normas preestablecidas por medio de la cual se considera el acto como no ejecutado. Dichas acepciones aún cuando no dan una noción o idea integral acerca de la nulidad procesal, comprenden dos elementos por cierto de los más importantes acerca de la misma; así por ejemplo, cuando se califican las nulidades se tiene en cuenta que entre vicio y sanción existe una correspondencia directa, ya que la gravedad de la sanción está determinada por el grado de entidad o naturaleza del vicio cometido, estableciéndose así los distintos grados de ineficacia o nulidad.

Desde el punto de vista de la nulidad como sanción existen dos situaciones que conviene aclarar si forman parte del concepto que estudiamos o si por el contrario se trata de casos de invalidez distintos a las nulidades procesales. Los casos a que nos referimos son la inexistencia de los actos y el decaimiento del derecho. Respecto de esto último no cabe ninguna duda que no se trata de la nulidad como sanción, porque en realidad la imposibilidad de efectuar un acto en el futuro por no haberlo realizado, dentro del plazo señalado por la ley, más que de una sanción se trata de un efecto producido por la preclusión o decaimiento de un derecho. Significa esto que la facultad procesal se pierde, se extingue o se considera como efectuada por no haberla ejecutado en el término previsto en la ley o por haberla ejercitado ya una vez la mencionada facultad, de tal forma que no pueda ejecutarse

en el futuro y si se ejecutaran nuevamente actos procesales, en dichos casos, los mismos no tendrán valor de acuerdo a la ley, por haber precluido la fase del juicio.

En el caso de la inexistencia de los actos procesales al igual que en el derecho privado existe discusión doctrinaria entre quienes consideran que la inexistencia es el grado máximo de nulidad o nulidad radical por falta de cumplimiento de los elementos fundamentales del acto, establecidos no sólo para la validez del mismo, sino para que tenga existencia o eficacia plena y aquellos que conciben al acto inexistente como una categoría diferente de la nulidad del acto procesal que no teniendo consecuencias jurídicas debe ser considerado como un simple hecho material sin importancia jurídica respecto del cual no es necesaria o es superflua una decisión judicial, ya que se refiere a requisitos de existencia del acto.

Para una mejor comprensión de las dos posiciones doctrinarias en cuanto a dicho asunto, mencionamos como casos típicos de inexistencia, citados por los autores, los siguientes: sentencias o resoluciones judiciales pronunciadas por alguien que no es Juez, o como se dice por un no Juez, o sea por un particular o por un funcionario del orden administrativo; el proceso seguido ante un particular o ante un funcionario que no ejerce actividades jurisdiccionales; la citación o emplazamiento para comparecer ante un particular, o ante un funcionario del orden administrativo; el emplazamiento hecho con las formalidades de ley pero a personas

distintas del demandado, etc.

En los casos de inexistencia como los enumerados, señalan algunos autores, que aún cuando se trate de hechos materiales que no tienen existencia jurídica, pueden en ocasiones producir efectos indirectos o consecuencias sobre las personas y órganos que intervienen en la jurisdicción y es por tal motivo que careciendo de los requisitos propios de los actos procesales es necesario anular sus efectos formalmente. Se trata dicen los autores de nulidad radical o grado máximo de nulidad por apartamiento grave de las formas.

En el conocido Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Escriche al definir la nulidad encontramos una acepción que corresponde a la corriente de opinión relacionada cuando dice que la nulidad es "el estado de un acto que se considera como no sucedido y el vició que impide a este acto el producir su efecto" (1).- En igual sentido Adolfo Gelsi Bidart, en su tesis presentada a la Facultad de Derecho de Montevideo en octubre de 1946, denominada "De las Nulidades en los Actos Procesales", - comprende la inexistencia de la nulidad al definir esta última así: "Nulidad procesal es el acto de inexistencia (de no ser, nada jurídica) de un acto procesal provocado por su desviación o apartamiento del tipo legal respectivo, sea en su propia estructura

(1) Joaquín Escriche "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Librería Bouret. México, 1925.

(vicios o defectos de sus requisitos internos) o en sus antecedentes y condiciones externas procesales que se traduce por la ineficiencia para producir su (sus) efecto jurídico propio y que puede presentarse desde su comienzo (nulidad) o al principio solo en potencia, requiriendo una resolución jurisdiccional que lo constituya (anulabilidad) según sea la gravedad de aquel apartamiento"(1)

El mismo Gelsi Bidart dice que esa concepción acerca de la inexistencia como integrante del concepto de nulidad es la que aparece contenida en el Proyecto Couture, en el cual dicha noción se encuentra referida al acto procesal irregular ya sea porque se encuentra previsto en la ley expresamente o bien porque carezca de alguno de sus elementos esenciales.

Por nuestra parte y de acuerdo a nuestro sistema procesal sobre las nulidades consideramos que es necesario diferenciar la inexistencia de la nulidad; en efecto, careciendo un acto de los elementos esenciales para poderlo tener como existencia no encontramos la necesidad de que se haga declaración judicial al respecto suprimiendo, o derogando algo que de antemano se sabe que no existe y mucho menos declararlo nulo por cuanto la nulidad se refiere a actos que antes de la declaración respectiva producían efectos jurídicos porque eran existentes, aún cuando viciados. En la nulidad por tanto, los actos tienen existencia tanto mate-

(1) Adolfo Gelsi Bidart, "Las Nulidades Procesales en el Proyecto Couture". Revista de Derecho Procesal, Tomo I pág. 99, Buenos Aires, 1948.

rial como jurídica, a diferencia de los casos de inexistencia en los cuales puede hablarse de una existencia material de los actos ejecutados, sin la concurrencia de los elementos esenciales del acto, pero dicha existencia no tiene interés ante el derecho procesal no siendo necesario hacer declaración sobre los mismos.

La única similitud que puede encontrarse entre nulidad e inexistencia se refiere al hecho de que tanto en una situación como en la otra la consecuencia que acarrearán los actos nulos o los inexistentes es la invalidez; pero aún en estos casos las diferencias persisten porque mientras en la inexistencia la invalidez es total o absoluta por falta de uno de los requisitos esenciales del acto, en la nulidad la invalidez es incompleta porque el acto tiene los requisitos esenciales pero alguno o algunos de ellos adolece de un vicio y de hecho produce efectos o puede llegar a producirlos en forma plena por razón de una sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada, según el caso, cuando no se reclaman o impugnan las nulidades o no son declaradas de oficio.

Refiriéndose a la diferencia que debe mediar entre nulidad procesal e inexistencia el Profesor Eduardo J. Couture (1) con la sencillez y erudición que le son características expresa la distinción antes citada en breves fórmulas así: "El concepto

(1) Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil 3a. Ed. Pág. 377, Ed. DEPALMA. Buenos Aires. 1962

de inexistencia se utiliza pues, para denotar algo que carece de aquellos elementos que son de la esencia y de la vida misma del acto, un quid incapaz de todo efecto...." y más adelante agrega: "Cuando se trata de determinar los efectos del acto inexistente se observa que no sólo carece en absoluto de efectos, sino que sobre él nada puede construirse: quo non es confirmare nequit" y, finalmente, refiriéndose siempre a la inexistencia expresa: "No resulta necesario a su respecto un acto posterior que le prive de validez, ni es posible que actos posteriores le confirmen u homologuen dándole eficacia".(1)

Delimitado así el concepto de nulidad señalamos como notas esenciales y características del mismo las siguientes:

a) SANCION PREVISTA POR LA LEY. Para poder privar a los actos y trámites procesales de su eficacia no basta el incumplimiento de las reglas establecidas por la ley para su ejecución, es necesario asimismo que en el orden jurídico positivo se encuentren previstas las irregularidades como motivo de nulidades.

Pero aún en este caso, no se podrá imponer automáticamente la sanción si con el acto o diligencia informal no resultaren lesionados los derechos de defensa de las partes o como dice nuestro Código de Procedimientos Civiles en su Art. 1115 si la infracción "no ha producido ni puede producir perjuicios al derecho o

(1) Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3a. Ed. Pág. 377, Ed. DEPALMA. Buenos Aires. 1962.

defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se han establecido".

La imposición de la sanción tiene por objeto asegurar la mencionada finalidad y la de obtener una decisión justa; por con siguiente, en cuanto más resulte afectado ese propósito con un acto, irregular mayor será la sanción y en cambio cuando la infrac ción no sea de tal entidad que el fin perseguido pudo ser logrado por otro medio la sanción puede inclusive no aplicarse, tal es el caso de la subsanación o ratificación permitidas por la ley.

De acuerdo al elemento en estudio las nulidades están establecidas en la ley como sanciones para invalidar los actos irre gulares, pero la aplicación de las mismas está confiada al Juez o Tribunal quien al hacerlo deberá tener en cuenta el fin antes citado, salvo en los casos que la ley presume la afectación de dicha finalidad como es el caso de las nulidades absolutas no ratificables.

b) LA NULIDAD PRIVA A LOS ACTOS Y TRAMITES DE SUS EFECTOS.

Los efectos que puedan producir los actos afectados de nulidad son abolidos a consecuencia de la irregularidad, evidenciándose sin embargo ese resultado hasta que la nulidad ha sido declarada, porque provisionalmente el acto no obstante el vicio de que ado lece produce todas sus consecuencias e inclusive puede en ciertos casos generar efectos definitivos no obstante el vicio de que ado lezcan como en el caso de no reclamarse en tiempo las nulidades

o de ratificarse por la parte agraviada, y,

c) LA NULIDAD TIENE SU ORIGEN EN UN DEFECTO O VICIO DEL ACTO EN EL PROCESO. Significa que la nulidad procesal atañe a vicios cometidos en la forma o medios para la actuación del derecho; por lo tanto, nada tiene que ver la nulidad procesal con el contenido del derecho material sino que con las formas del proceso. El vicio se comete por lo tanto en la tramitación del proceso o al dictar la sentencia, pero quebrantando las formas del proceso.

El defecto o vicio del acto puede presentarse o consistir como lo dijimos anteriormente en una omisión, una desviación, violación o infracción manifiesta de las formas procesales.

Son ejemplos de definiciones comprensivas de los elementos explicados, las que a continuación transcribimos:

- a) "La sanción-expresa, implícita o virtual que la ley establece cuando se han violado u omitido las formas por ella preordenadas para la realización de un acto jurídico al que se priva de producir sus efectos normales" (1)
- b) "Es todo defecto cometido en la sustanciación y fallo de un juicio que por expresa disposición de la ley, lo priva de su validez y de sus efectos" (2)

(1) Eduardo B. Carlos. Nulidades Procesales. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XX. Editorial Bibliográfica Argentina. Argentina 1964.

(2) Dr. René Padilla y Velasco. "Apuntes de Derecho Procesal Civil Salvadoreño" Tesis Doctoral. Reproducción Mimeografiada. San Salvador, 1962.

c) "Nulidad es la sanción que la ley imputa a los actos del proceso que adolecen de alguna irregularidad en sus elementos esenciales y que por ello carecen de aptitud para cumplir el fin a que estaban destinados" (1)

Cualquiera de las definiciones antes trascritas sirven para expresar la idea o noción de nulidad pero consideramos que la última es más completa por contener un elemento de suma importancia cual es el reparar en que las nulidades son sanciones impuestas por falta de cumplimiento de requisitos pero cuyo objeto es dejar a salvo que se cumplan los fines de los actos, siendo estos fines el servir como medio de defensa de los derechos procesales de las partes.

B) NULIDADES PROCESALES Y SU DIFERENCIA CON LAS NULIDADES CIVILES.

La teoría de las nulidades en los actos y declaraciones de voluntad fue la que primero alcanzó pleno desarrollo, al prescribir con toda claridad los principios a los cuales se sujetarían los diferentes tipos de infracción. Dicho sistema ejerció su influencia sobre las demás disciplinas jurídicas especialmente sobre el Derecho Procesal Civil, ya que a falta de una regulación adecuada en materia de nulidades se aplicaron los principios y regulaciones de las nulidades del derecho civil, desde luego de

(1) David Lascano citado por Eduardo B. Carlos en artículo denominado "Nulidades Procesales" Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XX. Editorial Bibliográfica Argentina, 1964.

acuerdo a las particularidades del primero y siempre que no se contrariaran sus principios.

Esa tendencia, manifestada en códigos y autores tradicionales, se explica también por el carácter que se le dió en un principio, tanto en el Código Civil Francés de Napoleón, como en el Chileno y, como consecuencia en el nuestro, por ser copia de este último, al considerar al Civil como una especie de Código rector del cual los demás no vendrían a ser sino sus ramificaciones.

Fue así como se incluyó el Título Preliminar del Código Civil como una especie de introducción a la legislación, el cual contiene una serie de disposiciones de carácter general a manera de reglas de jurisprudencia de contenido teórico, entre otras cosas, sobre los efectos, interpretación, aplicación, etc. de las leyes y entre cuyos preceptos existe una disposición que indudablemente sirvió de fundamento para aplicar las nulidades del de recho privado a los actos procesales y es la que en nuestro Código Civil aparece en el Art. 10 que dice: "Los actos que prohíbe la ley son nulos y sin ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención".

Por el lugar que ocupa la disposición transcrita pareciera que tiene valor absoluto para toda clase de actos inclusive procesales, pero en realidad la norma sólo se refiere a los actos y declaraciones de voluntad del derecho privado, ya que en

estos si es cierto que todo acto prohibido por la ley es nulo, con la salvedad mencionada; en materia procesal en cambio, además de que la nulidad debe estar determinada en la ley es necesario que la infracción cause realmente perjuicio al derecho de defensa de quien la alega.

Posiblemente debido a la influencia a que hemos aludido es que en la actividad judicial se ha pretendido, en ocasiones, que se apliquen los preceptos de las nulidades del derecho civil a los actos y trámites de los juicios y por tal motivo también es que los tribunales han tenido que declarar la no aplicabilidad de dichas normas, tal como consta de las sentencias de la Cámara de Tercera Instancia de fecha 6 de diciembre de 1927 y 26 de Enero de 1931, publicadas, respectivamente, en las Revistas Judiciales tomo XXXII. Nos. 10/12, 1927, páginas 255 y siguientes y tomo XXXVI, Nos. 1/3 de 1931, páginas 50 y siguientes.

Los actos jurídicos tanto en materia civil como procesal son manifestaciones de voluntad, expresadas mediante signos exteriores que permiten su conocimiento y ambos constan de dos elementos fundamentales: la forma y el contenido; sujetos ambos a requisitos establecidos por la ley para su existencia y validez, cuya omisión o incumplimiento vician los actos jurídicos, en vista de lo cual o no producen efectos jurídicos o si los producen están sujetos a que se declare la nulidad de dichos actos. Esas características comunes nos llevan a afirmar que en ambas ramas del derecho tiene aplicación la teoría general sobre el acto

jurídico y su ineficacia, pero desde luego de acuerdo a las características propias de cada una de ellas: significa lo anterior que para establecer las diferencias que nos proponemos es necesario estudiar la naturaleza y fines de los actos jurídicos en ambas clases de derechos.

Así desde el punto de vista de como se generan, se señalan como características de los actos procesales: a) el hecho de ocurrir en el desarrollo del proceso civil como una actividad en caminata a la constitución, conservación, desarrollo, modificación o definición de una determinada relación procesal, mientras que los actos privados son acciones que tienen por finalidad crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; b) que dicha acti vidad es realizada por las partes y el órgano jurisdiccional, y en cambio las de derecho civil ocurren o se originan mediante acciones lícitas ejecutadas entre particulares; c) los actos procesales participan del fin del proceso o sea la de obtener una decisión judicial relativa a la declaración, defensa o realización coactiva de los derechos protegidos por las normas sustantivas, cuando ha existido incertidumbre, violación o falta de cumplimiento del obligado, los actos del derecho privado en cambio par ticipan únicamente del fin que con los mismos se persigue en el acuerdo de voluntades; d) los actos procesales se ejecutan con ocasión del ejercicio de una función de naturaleza pública o sea la función jurisdiccional, la cual es de orden público porque interviene el estado y está regida por normas de obligatorio

cumplimiento, generalmente inderogables por la voluntad de los particulares; y por su parte los actos del derecho civil se encuentran enmarcados dentro de un régimen jurídico de orden privado, supletorio de la voluntad de las partes.

Una segunda diferencia proviene de la forma como es considerada la voluntad, así tenemos que en los actos del derecho privado el elemento esencial es la llamada voluntad final o entendimiento subjetivo causal o intencional que consiste en el motivo que induce o determina a la realización consciente del acto, porque se han previsto los efectos del mismo y porque se tiene la intención de conseguir determinado fin de carácter jurídico.

Ese motivo o causa del acto no interesa en los actos procesales, ya que nacen del ejercicio de una facultad o derecho subjetivo, establecido previamente en la ley, y cuyo fin es obtener una decisión judicial. Los derechos y obligaciones que nacen para las partes y el órgano jurisdiccional, cuando se hace uso de la acción y contradicción en juicio, no han sido previamente establecidos por ellos mismos.

Las manifestaciones de voluntad por consiguiente, no son generadoras de efectos jurídicos propios o autónomos sino que por el contrario se producen independientes de la voluntad.

Por otra parte, mientras los actos jurídicos del derecho civil se encuentran sometidos a determinados requisitos de fondo denominados de existencia y validez como la voluntad, el

consentimiento, el objeto, la causa, la capacidad, etc., sin los cuales los actos o no producen efectos o no tienen eficacia jurídica, en materia procesal la valoración depende casi exclusivamente de las formas establecidas por la ley para su ejecución, porque esa es la manera de expresar los mismos y mediante la cual se presume que la voluntad ha concurrido, libre de todo vicio.

Pero esta diferencia no es absoluta porque pudieran acontecer casos de actos procesales en los cuales exista posibilidad de alegarse vicios de los actos y en los que pueda cuestionarse la aplicación de las disposiciones sobre nulidades del derecho civil, como por ejemplo en la confusión y en la transacción. Es precisamente para resolver casos como los mencionados que algunos autores consideran la necesidad de estructurar una teoría especial sobre los vicios de los actos procesales.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que en los actos procesales generalmente no pueden alegarse los vicios del consentimiento, porque si eso fuese posible el proceso sufriría demoras y difícilmente lograría su objeto; las partes aún sin fundamento o falsamente alegarían dichos vicios con el propósito de hacer uso de moratorias o retardos maliciosos.

La diferencia entre normas sobre nulidades entre el Derecho Civil y el procesal existe también en casos como el de los llamados negocios jurídicos procesales, en los cuales aún cuando se aplican disposiciones del derecho privado, y se trata de

actos celebrados por las partes en uso de su voluntad, puede suceder que sean considerados válidos conforme al derecho privado y sin embargo no producir efectos de acuerdo al derecho procesal porque impliquen la renuncia de derechos que no está permitido por la ley. Esta diferente consideración de los actos ocurre porque en los actos civiles prevalece el interés privado, y la potestad de las partes, no así en el procedimiento en el cual existe un interés público, y las partes sólo excepcionalmente pueden alterar el procedimiento.

Con base en las ideas antes expresadas, podemos resumir las diferencias entre las nulidades procesales y las del derecho civil en la forma siguiente:

a) En lo civil los actos afectados de nulidad absoluta ningún efecto producen y la nulidad puede ser declarada de oficio, no siendo ésta ratificable; en las nulidades procesales en cambio los actos afectados de nulidad absoluta producen efectos mientras no exista resolución judicial que declare la nulidad y en determinados casos, aún cuando se trate de nulidades absolutas pueden éstas ser ratificables en forma expresa o tácita.

b) En materia procesal la nulidad de los actos procesales provoca la de aquellos que son dependientes de los nulos; en materia civil en cambio, dicho efecto no se produce porque casi siempre se trata de actos individuales, limitándose los efectos de las nulidades a los mismos.

c) Las nulidades en el Derecho Civil tienen el carácter de penas por razón de la infracción cometida, al ejecutar actos prohibidos por la ley; en el derecho procesal en cambio es necesario que la infracción haya causado perjuicio al derecho de defensa de la parte que la alega o en cuyo beneficio se ha establecido, y,

d) Finalmente las nulidades del derecho procesal pueden no afectar la validez de los actos, bien porque no se impugnen en el curso del juicio y les dé validez la sentencia con autoridad de cosa juzgada o porque en ciertos casos exista manifestación de voluntad de la parte para subsanar la nulidad; en lo civil en cambio, ese efecto no se produce con respecto de las nulidades absolutas.

C) CLASIFICACION DE LAS NULIDADES PROCESALES

Antes de desarrollar el presente tema, es necesario advertir que no nos proponemos realizar un estudio exhaustivo sobre las diferentes clasificaciones que puedan hacerse en esta materia; ante todo nos guía el propósito de fijar el sentido de la terminología a emplear; pero referida a las características propias de nuestro ordenamiento procesal, en lo que respecta al grado de importancia que en el mismo tienen las formas procesales y a las consecuencias que resultan de aplicar las sanciones establecidas por la ley para resguardar el propósito de las formas, por consiguiente, nos guía un interés práctico en el análisis mencionado no por ello sin dejar de reconocer que la clasifi

cación de las nulidades de los sistemas tradicionales adolecen de graves deficiencias, motivo por el cual se impone la necesidad de un sistema de agrupar o disponer por clases las nulidades que se base en los principios del derecho procesal y no en clasificaciones tomadas de las nulidades de los actos del derecho privado.

Decimos lo anterior porque no existe ni en la doctrina ni en los textos legales, una terminología uniforme respecto de los elementos o notas características que a cada clase corresponde, ni en cuanto a los criterios que deben servir de guía para hacer las distinciones de las nulidades de una clase a otra; reiteramos por lo tanto que hace falta una teoría sobre el acto procesal y las nulidades, por medio de la cual se evite el que en esta materia exista la misma imprecisión que en el Derecho Civil, en cuanto a ordenar con un solo criterio los diferentes casos de nulidad.

Hecha esta advertencia, podemos afirmar que en el caso particular de nuestra legislación las nulidades se encuentran ubicadas en el llamado régimen de la legalidad o sistema francés, el cual fue originalmente instituido en el Código de Procedimientos Civiles de Francia de 1806, cuyas disposiciones indudablemente influyeron en las demás legislaciones.

La regla básica del citado sistema es aquella según la cual no pueden declararse otras nulidades que las establecidas en la ley, principio que aparece en nuestra ley al disponer en forma restrictiva que "ningún trámite o acto de procedimiento será declarado nulo, si la nulidad no está expresamente determinada por la ley" (Art. 1115 Pr.). El origen de la mencionada disposición se encuentra en el Art. 1030 del Código de Procedimientos Francés, donde fue promulgada con el propósito de limitar el uso arbitrario de su autoridad por parte de los jueces quienes calificaban potestativamente las nulidades procesales y al hacerlo, muchas veces cometían injusticias por no existir criterios ni reglas para determinar las nulidades.

Originalmente en el Derecho Francés no existían otras nulidades que las taxativamente señaladas en la ley, y se clasificaron a medida que el sistema se fue integrando. Así fue como ante la necesidad de decidir respecto a infracciones de requisitos esenciales, no previstas en la ley como motivo de nulidad, y para atenuar la rigidez de las normas sobre especificidad para declarar las nulidades, la jurisprudencia y doctrina francesa, a falta de normas en el Derecho Procesal, se valieron muchas veces de los principios del Derecho Civil.

En esa forma surgió, en el sistema mencionado, la primera clasificación, la cual se hizo teniendo en cuenta la naturaleza o importancia de los requisitos omitidos y se dividieron las nulidades en esenciales y accesorias. Las primeras consis-

tían en infracciones a requisitos esenciales, sin los cuales el acto no podía existir legalmente o cumplir los fines del mismo. Dichas nulidades podían estar señaladas expresamente en la ley o bien entenderse en forma tácita, ya que refiriéndose las mismas a requisitos esenciales quedaban comprendidas en la noción que de la nulidad tenía la ley y por cuyo motivo se sobreentendían. Las nulidades llamadas accesorias en contraposición a las esenciales, eran aquellas de menor importancia o trascendencia en el proceso, por referirse a violación o infracción de requisitos accesorios o sea de formalidades establecidas para regular el orden de colocación de los actos en el proceso o a requisitos señalados en la ley para la ejecución de los actos, como por ejemplo en lo relativo al modo, lugar, tiempo, etc.

La distinción que se había hecho en nulidades esenciales y accesorias, dio origen a otra clasificación derivada y la cual fue enunciada por la doctrina francesa diciendo que como las nulidades accesorias se encontraban establecidas en la ley de manera explícita, eran estas las llamadas nulidades expresas y en contraposición eran nulidades tácitas las que denominamos esenciales, por tener la característica de que ún cuando no se encontraban establecidas en forma categórica en la ley, correspondía a los jueces aplicarlas quienes las podían deducir cuando se tratara de violación a requisitos esenciales, donde es manifiesto el interés público o la naturaleza de orden público de los mismos,

porque generalmente se trata de contravención a presupuestos procesales de los actos, sin los cuales el proceso no puede tener validez.

Pero además del significado anterior en cuanto a las nulidades tácitas, surgió otra forma de nulidades respecto a las llamadas accesorias, cuando se constató que muchas infracciones a requisitos secundarios no se encontraban penados en la ley como motivos de nulidad no obstante que la ley prohibía la ejecución de actos contrarios. Se dijo entonces que eran estas las nulidades tácitas y surgió así además de la interpretación de los textos legales una nueva disposición que todavía se encuentra en los Códigos actuales. Se dijo que cuando el legislador usare fórmulas prohibitivas como por ejemplo "se prohíbe", "no se podrá", etc., existiría motivo de nulidad y que las nulidades de ese tipo se clasificaban como nulidades accesorias tácitas.

Esas son las principales características que tuvo en sus orígenes el llamado sistema francés, en lo que atañe a clasificar las nulidades procesales. El estudio del mismo, aún en forma somera como lo hemos expuesto ayuda a la comprensión de sistemas como el nuestro, y cuyo método de agrupar las nulidades pasamos a exponer a continuación.

→ Al igual que en el Derecho Civil las nulidades se dividen en dos grandes categorías o sea en nulidades absolutas y nulidades relativas. Tiene por fundamento esta distinción la circunstancia de que las primeras, pueden ser declaradas de oficio por

el Juez o a solicitud de parte y que por lo que hace a las segundas, sólo son declarables a solicitud de parte; se deduce por con siguiente que en las absolutas el interés protegido es el orden público y en las segundas el interés particular.

Dicha clasificación no aparece expresamente determinada en la legislación, pero se encuentra implícita en las diferentes disposiciones que tratan sobre las nulidades; al intérprete toca entonces hacer dicha calificación, de acuerdo a las notas características de ambas clases de nulidades y las cuales podemos resumir así:

a) En la nulidad absoluta se protege en forma inmediata el interés público y de manera mediata el interés privado; en cambio, en la nulidad relativa, el interés privado es el preponderante y solo en forma mediata se protege al interés público.

b) En razón del interés protegido cuando se trata de nulidades absolutas insanables, el acto o trámite que lo contenga no puede ratificarse por un acto posterior, aún cuando sea ejecutado en forma expresa, ni pueden convalidarse o revalidarse; por el contrario en las nulidades relativas es permitida la ratificación, que puede ser hecha en forma expresa o en forma tácita.

La ratificación ocurre expresamente cuando habiéndose cometido una nulidad de procedimiento, el Juez o Cámara hace saber a las partes, por decreto en el proceso, dicha nulidad y la parte que le perjudica manifiesta en el acto de notificársele que

ratifica lo actuado; en tal caso se elimina el vicio por una confirmación del acto mediante el cual la parte al no reclamar está indicando que no resulta lesionado su derecho de defensa en el juicio. Y se subsanan las nulidades relativas en forma tácita cuando la persona afectada por el vicio del acto procesal no obstante que la ley le franquea el medio para impugnar la nulidad no la alega sino que por el contrario da a entender que no le afecta el vicio y que para la parte es como si el vicio no existiera. Así por ejemplo, si no se reclama la nulidad al recibir un traslado o si habiéndose omitido la cita a la práctica de una diligencia, la parte comparece por sí e interviene en la diligencia, sin reclamar la nulidad ésta queda ratificada.

c) Como complemento de la característica antes relacionada podemos decir que el factor por el cual las nulidades absolutas insanables no pueden ratificarse, es porque éstas causan un grave perjuicio a los derechos procesales de las partes, establecidos a su favor como garantía de un debido proceso, ya que se trata de infracciones a presupuestos procesales. La ratificación es en cambio permitida en las nulidades relativas porque los vicios se refieren a formalidades establecidas para la debida colocación y sucesividad de los actos en el proceso, cuya infracción no es de tanta importancia y por cuya razón la ley presume que se logran los mismos fines por otros medios, dejando a salvo las garantías mínimas requeridas y manteniendo la celeridad y economía del proceso.

d) Finalmente se distinguen ambas clases de nulidades por razón de la oportunidad para declararlas. En efecto, las absolutas pueden declararse en cualquier tiempo de oficio, o a petición de parte aún cuando no hayan sido impugnadas oportunamente salvo el caso de absolutas ratificables; en cambio las relativas solo pueden ser declaradas, en el curso de las instancias y a solicitud de parte, siempre que la impugnación fuese hecha en el tiempo señalado por la ley en vista de que por la preclusión de las fases del juicio, es imposible volver a los trámites ya concluidos.

NULIDADES RATIFICABLES Y NO RATIFICABLES. Es esta otra clasificación que interesa para la comprensión de nuestro régimen de las nulidades procesales y para referirse a ella pueden también usarse las expresiones : nulidades sanables o insanables; términos que aparecen más adecuados por cuanto hace referencia a la cualidad de eliminar o no el vicio del acto nulo que es lo principal y no al medio de lograrlo que es lo secundario.

En las nulidades ratificables o sanables están comprendidos todos aquellos vicios subjetivos, especialmente de capacidad o representación procesal, y demás trámites o actos procesales de carácter secundario o actos de trámite, en los cuales la ley permite que puedan las nulidades: a) confirmarse, corroborarse o subsanarse, mediante manifestación expresa de tener por ratificada la actuación irregular, no obstante el vicio de que adolece y b) En un segundo caso, de realizar una sustitución del

acto fallido por otro que lo reemplace o lo sustituya y en cuyo caso, se dice que la ratificación ha operado en forma tácita.

El segundo grupo de esta clasificación corresponde a las nulidades no ratificables o insanables que por constituir graves apartamientos o violaciones absolutamente irregulares de las formas procesales establecidas como presupuestos procesales que garantizan los derechos de defensa de las partes, no se puede eliminar el vicio que contienen. En esta clase de nulidades no es posible cubrirlas ni aun con el expreso consentimiento de ambas partes, pueden ser declaradas de oficio y a solicitud de parte.

Ese efecto de la subsanación tiene íntima relación con el principio de trascendencia de las nulidades que mas adelante explicaremos por cuanto al sanearse las nulidades y permitir la ley que el mayor número de casos tengan esa posibilidad, se quiere que las nulidades no se apliquen con carácter de penas, mediante un sistema tarifario y en forma automática, sino teniendo en cuenta que aun cuando la nulidad exista ésta no debe declararse si con el acto sustituto se deja a salvo el derecho o defensa de la parte a quien podría perjudicar la nulidad o expresado en otra forma: si se asegura el cumplimiento por otros medios de los fines asignados a las formas procesales la nulidad no debe declararse. La subsanación tiene lugar en consonancia con el principio de economía procesal, no invalidando actos ya realizados que harían más largo el procedimiento al tramitar incidentes de nulidad innecesarios, o al dejar sin efecto todo un juicio, ya en fase de ser sentenciado.

La subsanación se realiza por un acto posterior que deja sin efecto el vicio y que de faltar haría que el vicio procesal persistiera, con lo cual se declarararía la nulidad. Ese evento que sana la nulidad ha sido explicado por los tratadistas diciendo que constituye el equivalente del requisito que falta y ocupa el puesto del acto viciado que desaparece. Así se dice el acto nulo saneable está sujeto a una condición suspensiva o sea de que ocurra el acto posterior llamado también hecho remedio; por consiguiente si la nulidad se sana se considera que los -- efectos de dichas ratificación se retrotraen, y se considera válido el acto desde el primero momento que se ejecutó.

La clasificación que hemos expuesto no debe ser confundida con la de nulidades absolutas y relativas, ya que lo de saneable o no saneable se refiere a la posibilidad de ratificarse y lo de absoluto o relativo a que puedan o no ser declaradas las nulidades de oficio o a petición de parte. Al contrario de existir confusión entre las dos clasificaciones se pueden diferenciar en cuanto a que las nulidades relativas son ratificables, expresa o tácitamente y las absolutas son generalmente irratificables pero pueden serlo conforme lo disponga la ley, como es el caso de los Arts. 1130 y 1131 Pr.- Estimamos haber cumplido el propósito expresado al principio del presente apartado al exponer la clasificación de las nulidades procesales, de acuerdo a nuestro sistema, pero queriendo completar el tema y dadas las limitaciones del presente trabajo de tesis, solo citaremos finalmente

otras clasificaciones de nulidades en la forma siguiente:

1) Por su contenido: Nulidades Esenciales y Accesorias.

Las primeras son relativas a falta de cumplimiento de formalidades establecidas para garantizar los derechos de las partes y necesarias para que los actos logren su fin. Accesorias que son -- aquellas de procedimiento.

2) Por su intensidad: Nulidades Totales y Parciales.

Son aquellas calificadas así, según lo expresa el Profesor Hernando Devis Echandia (1), según que afecten a todo o parte del proceso. Como ejemplo de las primeras la falta de competencia o jurisdicción, la incapacidad o falta de representación de las partes y de las segundas, falta de notificación o citación; y

3) Por sus efectos: Nulidades Extensibles y no Extensibles.

Se refiere en el primer caso a que se comuniquen los efectos de un acto nulo a los demás que le suceden y en el segundo caso, se trata del caso de un vicio que solo afecte a un acto aislado o ajeno a todo el juicio.

D) ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LAS NULIDADES PROCESALES.

Las resoluciones judiciales que pronuncian los tribunales y por las cuales se declaran las nulidades, presuponen una actividad mediante la cual se efectúa una comparación entre los actos presuntivamente irregulares con los supuestos establecidos

(1) Hernando Devis Echandia. Compendio de Derecho Procesal Civil. Parte General Pág. 449-450. Ed. Temis, Bogotá, 1963.

previamente en la ley como causales de nulidad.

Tal actividad no se realiza en forma mecánica o automática; si bien es cierto que las nulidades tienen semejanza a una pena o sanción para ser impuestas ante el incumplimiento de las formas, esto no significa que puedan aplicarse a todos los casos de irregularidad procesal dado que solo tienen importancia como casos de nulidad aquellos que tienen cierta trascendencia en el normal desarrollo del proceso.

Las consideraciones anteriores nos llevan a la conclusión de que para poder calificar las nulidades, es necesario el conocimiento y correcta aplicación de principios fundamentales cuyo estudio nos proponemos realizar dentro de las normas y reglas del llamado "Sistema de Legalidad" en oposición a otro estrictamente formalista para el cual toda infracción provoca nulidad; la denominación del primero proviene de los objetivos que se persiguen con las nulidades al pretender proteger el fin de las formas de asegurar los derechos de las partes. En este sistema legalista lo fundamental en el momento de calificar las nulidades, es determinar si la causa que generó el acto viciado se encuentra en el atentado que se produce con el mismo respecto de las garantías procesales establecidas en favor de las partes; como se ha dicho en otros términos, lo importante en esta actividad es constatar si con el acto viciado se ha faltado al fin esencial del proceso, cual es el de obtener una decisión justa.

Como antecedente al estudio de los principios de las nulidades procesales cabe señalar que el fenómeno de la nulidad es común a todo el derecho y que se presenta por falta de cumplimiento de los requisitos señalados para la validez de los actos; tal circunstancia indica que hay elementos de aplicación general a todos los actos jurídicos para poder determinar los casos de nulidades. Pero a la par de tales principios de carácter general, existen elementos de carácter específico aplicables privativamente a cada disciplina jurídica, tal como sucede en el caso del Derecho Procesal, los cuales sirven para diferenciar las diversas clases de nulidad. Así para el caso, es un principio del Derecho Civil que la aplicación de la sanción sea general y absoluta, con la finalidad de suprimir los efectos de todos aquellos actos contrarios a la ley o prohibidos por la misma; en cambio en el Derecho Procesal la aplicación de las nulidades tiende a examinar y valorar las consecuencias que las irregularidades producen sobre los derechos procesales de las partes.

Debido a las razones antes expuestas puede hablarse de generalidad pero referido a determinado sistema procesal y de acuerdo a la naturaleza que en cada uno de ellos se da a la protección de los derechos de las partes. Resultará entonces que las nulidades tendrán mayor grado de severidad o rigidez en un sistema extremadamente formalista que en otro donde exista libertad en la aplicación de las formas.

Refiriéndonos concretamente al ámbito del Derecho Procesal, diremos que la teoría de las nulidades está integrada por principios de carácter relativo y tal afirmación tiene por fundamento al igual que en el caso de las formas procesales, en la circunstancia de que tanto estas, como las nulidades procesales responden a determinadas características contingentes de orden económico, social, histórico, político, etc., las cuales como dice el Profesor Eduardo J. Couture, en su obra "Fundamento del Derecho Procesal Civil" (1) "cambian en su sentido y en su técnica en razón de circunstancias de lugar y de tiempo".

El "Sistema de Legalidad" o "Sistema Francés" respecto de las formas procesales, y al cual se remontan los antecedentes de legislaciones como la nuestra, fue instituido por el Régimen Jurídico Político nacido en Francia y conocido como "estado de de recho", cuya denominación tiene su origen en la aspiración de sus propugnadores en cuanto a proporcionar protección eficaz a los derechos constitucionales de los ciudadanos y especialmente en los casos de controversias; asimismo, de garantizar dichos derechos mediante procesos ajustados al marco de la ley; es decir, para adecuar los actos del proceso a condiciones técnicamente apropiadas de tiempo, modo y lugar que la misma ley determina, todo en procura de una pronta y eficaz administración de justicia.

(1) Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Pág. 375-3a. Edición, Editorial DEPALMA, Buenos Aires 1962.

Como principales características del llamado sistema de legalidad referido a las nulidades procesales se señalan las siguientes: a) Se excluye el arbitrio de los jueces en la aplicación de las sanciones correspondientes, debiendo estas ajustarse a un sistema estrictamente legal; b) Las nulidades procesales coadyuvan a asegurar la consecución de objetivos propios de la actividad procesal; entendida ésta como una función pública. Dichos objetivos son aquellos que se refieren a dar protección a los derechos de las partes, lo cual se consigue ventilando los intereses en pugna en un marco legal donde las partes se encuentran en situación de igualdad y en la cual se supone obtener rectitud en la decisión judicial; c) Las nulidades generalmente se encuentran limitadas en cuanto a la oportunidad para ser declaradas o reconocidas por el Juez, con lo que se evita la aplicación indiscriminada y se cumple con el propósito de los principios de economía procesal y de celeridad en el proceso, manteniendo la validez de los actos ya realizados y no suspendiendo o interrumpiendo los trámites del juicio; y, d) Finalmente y como consecuencia de lo antes relacionado, la nulidad en el proceso tiene por finalidad mantener la validez de los actos ya realizados, aun cuando estos no se ajusten a todos los requisitos puramente formales, bajo la condición de que se dejen a salvo los derechos de las partes.

PRINCIPIOS BASICOS DE LAS NULIDADES PROCESALES

Tomando como punto de partida el Código de Procedimientos Civiles de Francia sancionado en 1806, en cuanto a reconocer únicamente aquellas nulidades contenidas en el texto expreso de la ley, existen principios que constituyen la teoría de los actos irregulares, los cuales son como las condiciones o presupuestos de admisibilidad de las nulidades y que estudiaremos a continuación.

A) Principio de Especificidad:

Desde el punto de vista histórico surge este principio como una especie de garantía procesal encaminada a proteger los intereses de las partes ante las constantes violaciones que hacían los jueces al declarar o denegar arbitrariamente las nulidades de los actos en el proceso; se basaban para ello únicamente en la apreciación del perjuicio que podían causar a las partes la falta de cumplimiento de las formas, apoyándose en la regla "pas de nullite sans grief" (sin perjuicio no hay nulidad) la cual se usaba en forma prudencial para determinar si procedía declarar las nulidades.

El ejercicio de ese poder discrecional fue abolido y derogado por cuanto significaba un atentado o violación de derechos individuales; fue así como se estableció que los jueces no estaban facultados para declarar otras nulidades que las que en

forma expresa determinaba la ley. Desde entonces, las nulidades no podían concebirse sin disposición legal específica que las estableciera, lo cual fue resumido en la regla "pas de nullité sans texte (no hay nulidad sin una disposición que la establezca).

El estricto cumplimiento de tal principio en sus orígenes llevó a desnaturalizar la función de las nulidades, ya que se decretaban en forma indiscriminada por el sólo hecho de estar previstas en la ley y por otra parte, se creó un sistema casuístico acerca de las mismas que demostró ser ineficaz porque no se podían comprender en la ley todas las situaciones que significaban alteración de las formas.

Para corregir los efectos nocivos que llevaba la aplicación del principio de especificidad, en la forma antes dicha, los tribunales de Justicia de Francia atenuaron los efectos del principio citado mediante excepciones al mismo; estas dieron origen a su vez a otros principios complementarios que estudiaremos más adelante y desde entonces, tanto en Francia como en legislaciones que adoptaron el sistema, se tuvo en cuenta que la especificidad de las nulidades no solo significaba que la ley determinara las mismas para ser aplicadas, sino también que debería tenerse como casos de incumplimiento de formas, aquellos en los cuales se dejara sin garantía los derechos de las partes en el proceso o constituyesen un obstáculo para obtener una sentencia justa.

Concretando así el campo de aplicación del principio de especificidad, se comprende que el mismo tiene por fundamento la necesidad de crear a favor de las partes y el Juez, una situación de estabilidad jurídica dentro del proceso, mediante la cual anticipadamente se sabe que las nulidades solamente son aquellas que están previstas en la ley y que su aplicación depende de una necesidad relativa a los fines de las formas.

Por consiguiente las nulidades tienen un carácter exclusivo en la ley y por ser restringidas, no está permitida la interpretación extensiva o analógica de otras nulidades; así para el caso no pueden las partes alegar con éxito, ni el Juez justificar legalmente que exista nulidad cuando los actos con apariencia de irregulares tengan vicios de igual o mayor entidad que otros actos similares reconocidos expresamente como nulos en la ley.

La exclusividad del principio que estudiamos es más que evidente en aquellas legislaciones como la nuestra que han adoptado el sistema de obligatoriedad de las formas; así es como en el Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño se establece que "ningún trámite o acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la ley" (1) pero la especificidad contenida en dicha norma es tan extrema y estricta que ni aun en el caso de omisiones de actos o trámites prescritos por la ley se produce la nulidad, sino están previstas dichas omisiones con sanciones de esa naturaleza (2).

(1) Art. 1115 Pr.

(2) Art. 1120 Pr.

Este sistema estricto seguido por nuestra ley nos permite comprender en forma g nerica otras nulidades, y aun cuando es una garantía para mantener la validez de los actos ya ejecutados, tiene el inconveniente que limita a tal grado la actividad de los jueces que no obstante presentarse en la práctica situaciones de evidente injusticia no queda otra alternativa que reconocerlas como válidas porque no est n comprendidas expresamente en la ley como casos de nulidades.

Regulaciones del principio de especificidad en la forma como lo considera nuestra ley necesariamente requieren ser cambiadas, ya que no es posible continuar validando actos atentatorios de los derechos de las partes en el juicio, por el solo hecho de no estar expresamente reconocidos en la ley como nulidades procesales; al igual que lo hacen modernas legislaciones, debe establecerse en la ley una excepción al principio de especificidad que permita al Juez asumir su verdadero papel de elemento activo en el proceso y no de un simple espectador; pudiendo declarar otras nulidades que las sealadas expresamente en la ley, si con los actos viciados se violan formalidades esenciales del juicio.

Abona la oponi n anteriormente sostenida la circunstancia de que la ley no puede ser casuista para comprender todas las nulidades; basta que en la misma se contengan aquellas nulidades más sobresalientes. Por otra parte, es más lógico preferir

el fin sobre los medios de tal suerte que cuando existan situaciones en las cuales el Juez aprecie que el acto carece de los requisitos indispensables para el logro del fin asignado a las formas, pueda declarar las nulidades, salvo aquellos casos de excepción.

En el sistema que se propone no se desnaturaliza el principio de especificidad; por el contrario, se reconoce como un caso más de excepción al admitir otras nulidades que son las llamadas implícitas o también virtuales.

Encontramos regulaciones sobre lo propuesto en el Art.573 del Proyecto de Código de Procedimientos Civiles de Eduardo J. Couture, en el Art. 124 del Código Procesal Civil de Santa Fé, aprobado por Ley 5531 de 1961, en el Art. 81 del Anteproyecto de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata de 1961, en el Art. 110 del Proyecto de la Comisión Revisora de 1966, en el Art. 165 del Proyecto del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación para la Capital Argentina, de 1967, todos los cuales en forma unánime autorizan al Juez para que cuando fuere necesario pueda declarar otras nulidades, a falta de sancion expresa, siempre que en el procedimiento se omiten elementos o formas sustanciales de las actuaciones o actos de procedimientos.

En tales casos los mencionados proyectos, estipulan que el Juez apreciando las consecuencias materiales y jurídicas derivadas de tales actuaciones puede declarar las nulidades cuando los actos carezcan de los requisitos esenciales para obtener los fines para los cuales se han establecido (1).

P R I N C I P I O D E T R A S C E N D E N C I A

Como un complemento del principio de especificidad, el de trascendencia establece que no basta una determinación legal expresa acerca de cada nulidad para tenerla por acontecida; se requiere además, que el Juez constate si con el acto viciado se ha causado o se puede causar un perjuicio o daño que trascienda o afecte el derecho de defensa de la parte que alega la nulidad o en cuyo favor se ha establecido, tal como lo dispone el Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño (2)

El objetivo perseguido en la aplicación del principio que ahora nos ocupa, es el de evitar el excesivo formalismo en la aplicación de las nulidades procesales, ya que si bien es cierto que éstas últimas se producen como una sanción por vicios en las formas, es necesario que dichos vicios hayan trascendido afectando las garantías procesales de debido proceso. Cuando el vicio tiene

(1) Véase páginas 140 a 146 de "La Nulidad en el Proceso", de Roberto Omar Berizonce, Editora Elatense, La Plata, Argentina 1967.

(2) Art. 1115 Código de Procedimientos Civiles, parte final.

poca trascendencia aún cuando se haya producido un acto irregular por no haberse cumplido con todas las formalidades para su ejecución, el mismo es de tan poca trascendencia que la ley presume realizado el fin perseguido por la ley que es el de garantizar los derechos procesales de las partes; dicho propósito está en perfecta concordancia con uno de los objetivos generales de las nulidades, cual es el de que éstas sirvan para enmendar perjuicios efectivos que afecten el derecho de defensa y no para tratar de proteger un interés puramente sacramental o de rito procesal.

De lo anteriormente expuesto deducimos que de acuerdo al principio de trascendencia las nulidades no existen en el solo interés de la ley, o sea que no hay nulidades exclusivamente por incumplimiento de las formas procesales, lo cual se explica porque como anteriormente lo hemos dicho éstas no son sino medios para seguir el cumplimiento de la ley.

Por lo tanto, lo que caracteriza al principio de trascendencia es la naturaleza o entidad del perjuicio que se causa con la nulidad; dicho perjuicio no es aquel al que se refería el Sistema Francés con su fórmula "sin perjuicio no hay nulidad" (*pas de nullite sans grief*), aún cuando debemos admitir que el principio de trascendencia se deriva de dicha regla. El perjuicio de que aquí se trata es aquel que de acuerdo a su naturaleza no queda otro medio para su reparación o enmienda que declarar

la nulidad; en virtud de ello, se señalan como características esenciales del daño deducidas del tenor de la ley y de los casos resueltos por la jurisprudencia, los siguientes:

- a) Debe de tratarse de un agravio concreto y de alguna entidad; respecto de los derechos de defensa en el juicio;
- b) El agravio inferido debe ser positivo y cierto, por estar comprobado o poderse deducir fácilmente de los hechos;
- c) Debe haberse recibido un perjuicio patrimonial o por lo menos que pueda establecerse que afecte el justo equilibrio procesal que deben guardar las partes en el juicio; y
- d) Debe tratarse de un perjuicio cuya reparación tenga una finalidad práctica, en vista del interés afectado.

PRINCIPIO DE PROTECCION

Conforme al estudio que hasta ahora hemos realizado de los principios de las nulidades queda establecido que el de especificidad se refiere a una característica o necesidad de tipo legal en cuanto a exigir que las nulidades se encuentren tipificadas en forma expresa; el de trascendencia por su parte se refiere a una característica del perjuicio recibido en cuanto es necesario que sea de tal entidad que el vicio deberá afectar las garantías esenciales del procedimiento a favor de las partes. Nos toca ahora es

tudiar el de Protección que tiene de común con el de trascendencia el perjuicio causado; pero esta vez referido a la parte que alega la nulidad.

Hemos dicho que la nulidad tiene un fin práctico y éste resulta de la necesidad de dar protección a determinados derechos procesales lesionados que se consideran básicos para el normal desarrollo del proceso; pero tratándose de la protección de tales derechos es natural que aquella, solo puede encontrarse establecida en favor de la parte que alega la nulidad, en virtud de que el Juez constate que el perjuicio proviene de la acción de la otra parte o como resultado de una actuación judicial que le afecte.

La importancia del principio de protección adquiere singular importancia cuando el Juez para resolver una petición de nulidad deberá apreciar si realmente existe interés lesionado, ya que no se concibe la necesidad de declarar aquella cuando no se ha atacado a un derecho, porque como sabemos las nulidades son medios de protección de intereses jurídicos. Pero además de esa comprobación, es necesario como requisito de admisibilidad de las nulidades derivado del principio de protección el hecho de que no puede alegar la invalidez de los actos procesales, quien haya dado lugar a la nulidad.

Esta última característica del principio de protección deriva del principio general de las nulidades del acto jurídico, el cual establece que no puede ampararse en la nulidad aquel que ha celebrado el acto nulo sabiendo o debiendo saber el vicio que la invalidaba y que tiene por fundamento la lealtad y buena fe que debe existir en las relaciones jurídicas. De tal forma que cometida una nulidad procesal, solo puede alegarla y el Juez declararla a favor de aquella parte que resultó lesionada en sus derechos fundamentales cuando intervenían como parte del proceso, descartando con ello la posibilidad que tendría en forma injusta la parte que provocó la nulidad para aprovecharse de su propia culpa o de la violación a la Ley, para pedir la nulidad.

Refiriéndose a esa característica Roberto Omar Berizonce, en su obra "La Nulidad en el Proceso", dice: "Consecuencia del principio *nemo auditur propriam turpitudine allegans*, es que no puede ampararse en la nulidad quien ha concurrido a la celebración del acto nulo sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; no puede tener la disyuntiva de optar por su efectos: aceptarlos si le son favorables o rechazarlos si le son adversos. Se trata de una regla asentada en los principios de lealtad y buena fe procesal y más aún, en el principio general del derecho de aplicación subsidiaria en cuya virtud el ordenamiento jurídico no puede proteger la pretensión y conductas contradictorias, ni el comportamiento incoherente" (1)

(1) Obra citada pág. 85.

El principio de protección no se encuentra consignado en forma expresa en nuestra Ley pero debe entenderse implícito en el Código de Procedimientos Civiles cuando éste estatuye una especie de condición de admisibilidad de las nulidades al disponer lo siguiente:..."no se declarará la nulidad, si apareciere que la infracción de que se trata no ha producido ni puede producir perjuicios al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido". (1)

No obstante dicha regla consideramos que nuestra ley exige cambios fundamentales en esta materia de tal forma que se diga con claridad cuáles son los alcances del principio en estudio. Así tenemos que en otras legislaciones claramente se establece que solamente la parte en cuyo interés esta establecido un requisito, puede reclamar la anulación de un acto por falta de ese requisito; que la anulación de un acto no puede ser solicitada por la parte que ha celebrado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidada; que la declaración de nulidad solo podrá hacerse cuando la violación de la ley hubiere producido un perjuicio de tal naturaleza que no pueda ser reparado por otro medio diferente o sea la declaración de la nulidad; que ésta no podrá ser alegada por quien dió lugar a ella o concurrió a producirla; que las nulidades en el interés de una de las partes no puede ser opuesta por la otra y finalmente como caso de inexistencia de culpabilidad, se dice que la parte que hubiere dado lugar a la nulidad, no podrá alegar la invalidez del acto realizado.

(Art. 1115 Pr.

Como complemento al estudio de los principios de trascendencia y protección, relacionamos la aplicación de los mismos en los siguientes casos resueltos por la Jurisprudencia

a) "No es ilíquida una deuda por ser genérica aunque no se haya fijado el precio a que debía pagarse lo debido. Dentro de los tres días siguientes puede un Juez revocar de oficio el auto en que se declaraba sin lugar un embargo; y no puede alegarse nulidad -por no haberse notificado el auto revocado a la parte ejecutada, por serle favorable y no haber podido ocasionarle perjuicio". R.J. junio 1909. Pág. 272, Arts. 656-426 Pr.

b) "Ningún acto o trámite de procedimiento debe declararse nulo si la infracción no ha producido ni puede producir perjuicios a la parte que la alega. Es inválida la resolución autorizada por un secretario que no ha sido nombrado por el Juez". R.J. sept. de 1908. Pág. 418 Arts. 81 y 82.

c) SEGUNDA INSTANCIA.- "Las nulidades de procedimiento solo puede alegarlas la parte a quien perjudican y en el curso de las instancias o mediante el recurso extraordinario de nulidad". R.J. abril de 1913. Pág. 171.

d) TERCERA INSTANCIA.- "No es inepta la demanda de deslinde necesario en que se expresa que el vecino se ha introducido al terreno del actor, aunque se diga que el lindero está oscuro. En este juicio no procede resolver sobre la propiedad y restitución

de la faja disputada; pero la línea que se fija señala la extensión de ca a terreno por los rumbos deslindados. No hay nulidad si el juicio se tramita en la forma sumaria y no en la ordinaria. Si una nulidad fue alegada y desestimada en la Instancia, queda subsanada si nada se dijo en 2a. y ya no puede proponerse en 3a." R.J. abril de 1918 Pág. 782 Arts. 565, 568-1126 y 1115. Pr.843 C.

e) TERCERA INSTANCIA.- "La donación de un terreno con señalamiento de linderos debe considerarse como de cuerpo cierto. No procede la mensura para resolver sobre el dominio. El Art.712 C. es aplicable cuando hay varias inscripciones de un mismo inmueble. Una escritura sin registro hace fe si se presenta como antecedente. Las pruebas de un juicio no aprovechan en otro. La infracción en el procedimiento que no ha producido perjuicio a la parte que la alega, no produce nulidad. El dictamen de un perito sin mandato de Juez no vale. Lo dicho en una carta o en un escrito no modifica lo expuesto en una escritura". R.J. Enero a Marzo de 1920.Pág.38.

f) RECURSO EXT. DE NULIDAD.- "No hay nulidad en tramitar un juicio en forma sumaria en vez de la ordinaria. Cuando no se ha negado ninguna prueba pertinente no hay negativa de prueba por el solo hecho de haberse concedido el término probatorio por ocho días y no por 20. No se viola el Art. 20 Cont. cuando se concede una servidumbre a favor de un terreno sobre el cual el demandante alega propiedad pues la sentencia respecto a la servidumbre, nada puede decidir con relación al dominio. Esto debe resolverse en juicio especial". R.J.Oct. 1917, Pág. 483, Arts. 1116-512-1117-1147-20 y sig. Pr. 822 C.

g) "No ocasiona perjuicios al derecho de la parte que alega la nulidad, la consistente en habersele dado traslado para contestar la demanda, conjuntamente con la otra codemandada". Cámara 3a. Instancia del 7 de enero de 1918.

PRINCIPIO DE CONSERVACION.

El proceso, como hemos dicho anteriormente, lleva a la realización de una función de carácter público o sea la función jurisdiccional; dicha actividad para merecer la confianza de los ciudadanos debe asentarse sobre bases firmes que demuestren probidad, seguridad y firmeza en las decisiones; se debe mantener la integridad de la mayor parte de actos, los cuales deben ser eficaces para los fines perseguidos, integridad que por otra parte debe también existir respecto a sus instituciones. Para la consecución de tales propósitos se entiende que la tendencia debe orientarse a conservar la validez de lo ejecutado ante la posibilidad de su anulación.

La conservación de la validez en los actos jurídicos es un propósito inherente a todo el derecho, pero en materia procesal tiene mayor relevancia si tenemos en cuenta que existen principios procesales que en forma específica tratan de obtener tal propósito. Así por ejemplo, el principio de economía procesal, el de seguridad jurídica, etc., exigen que las acciones judiciales se tomen haciendo uso de los menores esfuerzos, no causando dilaciones inútiles al procedimiento, y evitando las maniobras dolosas que tiendan a desvirtuar esos fines.

Hechas las consideraciones anteriores podemos enunciar como reglas deducidas del principio de conservación las siguientes:

La regla general en el procedimiento es de que todos los actos son válidos y que aún aquellos que se califican de irregulares por contener algún vicio conservan su validez, si dicho acto logra el fin para el cual se encuentra destinado. Como consecuencia si el Juzgador tuviera duda acerca de la validez o invalidez de un acto debe decidirse por la conservación del acto.

El principio en estudio no se encuentra expreso en la ley, pero debe entenderse incluido en todas aquellas disposiciones que autorizan para conservar la validez de los actos, no obstante los vicios cometidos. Así por ejemplo, si el acto aún siendo irregular logra el fin para el que esta destinado su anulación no es procedente y como ejemplo se cita que aún cuando se haga un emplazamiento o notificación sin las formalidades establecidas, dicha diligencia conserva su validez si posteriormente la parte interesada concurre dándose por sabedora de la misma, contestando el traslado que se le ha conferido o recurriendo de la resolución que dejó de notificarse en debida forma.

PRINCIPIO DE CONVALIDACION

El principio de convalidación se expresa diciendo que por regla general todo vicio de forma es convalidable o subsanable y que la misma puede resultar de la ratificación expresa de la parte

perjudicada o de su representante legal, en su caso, o bien puede presumirse el consentimiento de quien podría resultar lesionado en sus intereses, cuando a sabiendas del vicio cometido no se reclama o impugna la nulidad del acto, en el tiempo y forma establecidos por la ley. En ambas situaciones, se presume que no ha existido lesión grave en los derechos procesales de la parte que podría alegar la nulidad, ya que demuestra que se conforma, acepta, convalida, consiente o aprueba el acto irregular al no hacer uso del medio que franquea la ley para obtener la ineptitud del acto.

Se comprende de lo expuesto que la aplicación de este principio es un medio de contribuir a mantener la validez de los actos procesales ya realizados y por tal motivo el fundamento de la convalidación resulta de la necesidad de obtener la confianza, seguridad, y efectividad de los actos y las decisiones realizadas en el proceso.

Este mecanismo de tener por subsanadas o convalidadas las nulidades de forma, cuando concurre el consentimiento tácito tiene su antecedente en las denominadas nulidades de fondo o injusticias del fallo, contenidas en una sentencia: si la parte que resulta perjudicada con ésta no recurre, se entiende y presume que consiente; por tal circunstancia, en virtud de la cosa juzgada el vicio o vicios se convalidan.

La convalidación es un principio generalmente aplicado en las nulidades procesales, y cuando por excepción no opera es en

atención a los derechos procesales que se pretende proteger.

Así es como el consentimiento opera inclusive en las nulidades absolutas, que por tal razón se les denomina en determinadas legislaciones absolutas ratificables y en cambio cuando se trata de vicios que inciden en los presupuestos procesales no es permitida la convalidación y por ello a esas nulidades se les denomina nulidades absolutas no ratificables.

Acercas de los alcances de la convalidación de acuerdo a las nuevas corrientes doctrinarias se sostiene que corresponde al Juez el objetivo de tratar de subsanar las nulidades y tal facultad resulta del mayor grado de participación que aquel tiene para poder dirigir el proceso, en atención a obtener un resultado útil y rápido en la ejecución de los actos en el proceso.

Por tales razones Códigos modernos facultan al Juez para poder tomar de oficio las providencias que considere oportunas, a fin de evitar que ocurran las nulidades y cuando constata un vicio puede asimismo de oficio resolver la subsanación o saneamiento de los actos irregulares, siempre que la ley lo permita.

En nuestra ley impera el principio dispositivo, en virtud del cual el Juez en la mayor parte de sus decisiones actúa sólo a petición del interesdo; así por ejemplo en las llamadas nulidades de procedimiento el Juez debe poner en conocimiento de la parte perjudicada la irregularidad cometida y solo en el caso que ésta reclame de ella debe declarar la nulidad. (1)

(1) Art. 1124 Pr.

Más adelante explicaremos la forma de operar la convalidación en nuestra ley, por de pronto solo señalamos que el caso de ratificación de nulidades por no reclamar de ellas después de recibir un traslado, más que tratarse de una convalidación se trata de un efecto que de acuerdo a la doctrina deriva en virtud de un decaimiento o preclusión de la etapa procesal, la cual impide volver a alegar la nulidad. No obstante lo anterior, todos los autores admiten que el caso citado constituye una convalidación.

Finalmente y refiriéndonos a los efectos que se producen en virtud de aplicar el principio de convalidación, podemos decir que el vicio de que adolecía un acto procesal se elimina al ejecutar otro acto en sustitución del irregular. Ese fenómeno es el que en términos generales se conoce por rectificación y del cual existen varias formas, las cuales en conjunto constituyen o configuran la llamada convalidación o revalidación de los actos; los casos que refiere el Profesor Hernando Devis Echandía en su obra "Nociones Generales de Derecho Procesal Civil" (1) son los siguientes:

a) CONFIRMACION. Esto ocurre cuando el acto viciado ha sido ejecutado mediante una declaración emitida por una de las partes, el Juez o un tercero interesado y que por esa circunstancia para poderse validar necesita de otra declaración que confirme la actuación viciada haciendo expreso reconocimiento de ella para que se tenga por válida.

(1) Hernando Devis Echadía. "Nociones Generales de Derecho Procesal Civil" Pá.685 Editorial Aguilar, España 1964.

b) RATIFICACION. Es necesario en los casos de haberse ejecutado actos nulos por falta de capacidad o representación suficiente y en los cuales la ley no obstante la nulidad de que adolecen, permite ratificarlos por quien tiene derecho a hacerlo para que adquieran eficacia. Tal es el caso de los actos ejecutados por el menor adulto no habilitado o el mandatario sin poder suficiente que pueden ser ratificados por el representante o mandante en su caso; y

c) AQUIESCENCIA. Que ocurre especialmente en aquellos casos en los cuales la parte tácitamente tolera o admite un acto que contenga un vicio y que por su falta de reclamación deja de existir la nulidad; así para el caso existe aquiescencia cuando el perjudicado al recibir un traslado no reclama la falta de citación a una diligencia importante como cuando se reciben las pruebas del juicio. Otro tanto sucede cuando no habiendo sido emplazado en legal forma el demandado comparece en el juicio y contesta la demanda sin reclamar de la irregularidad y se comporta como si ésta no existiera.

(1) Art. 1131 del Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño.

CAPITULO III

SINTESIS HISTORICA DE LA NULIDAD EN EL SALVADOR

Al incluir el presente capítulo no lo hacemos con el afán de recurrir a la historia del establecimiento de la institución de las nulidades, para interpretar las disposiciones contenidas en el capítulo relativo a esta materia. Nuestro propósito es, simplemente, referir en forma breve, las Regulaciones que ha tenido la nulidad como vicio y medio de impugnación de los actos y trámites del juicio, para así aclarar cual es la importancia práctica que en la actualidad tiene la nulidad después de haber sido derogado el Recurso Extraordinario de Nulidad.

Producido el movimiento independendista del 15 de septiembre de 1821, continuaron aplicándose las leyes españolas y se mantuvieron las autoridades constituidas, con el objeto de no alterar el funcionamiento y organización del nuevo estado. Esa situación fue confirmada por la Asamblea Nacional Constituyente elegida en 1823.

Así es como en materia de nulidades se mantuvo vigente el Recurso Extraordinario de Nulidad establecido por la Constitución Española de 1812.

Posteriormente al promulgarse la Constitución Salvadoreña de 1824, se dejó sin vigencia aquellas leyes que se oponían a

la Constitución Federal y del Estado Salvadoreño, Con tal medida el Recurso Extraordinario de Nulidad fue limitado a sentencias que causaran ejecutoria ante la Sala o Cámara y al anularse la sentencia se pronunciaba la correspondiente, siendo causas de Anulación la infracción de leyes procesales, pudiendo ejecutarse la sentencia a pesar del recurso, si previamente se rendía caución.

Leyes posteriores referentes a la organización de los tribunales judiciales incidieron sobre el recurso en aspectos sin importancia, pero fue hasta la Ley Reglamentaria de Tribunales de 1830, que estableció la procedencia del recurso para sentencia de primera y segunda instancia por faltas a los trámites sustanciales del proceso, prescritos por la Ley, todo con el objeto de obtener la validación o reposición de los procedimientos nulos.

Hasta entonces no se establecían causales de nulidad y no se regulaba el procedimiento para su obtención, no fue sino hasta que se promulgó el Código de Procedimientos Judiciales de 1857 que fue establecida una regla fundamental para regular las nulidades, no haciendo reconocimiento de otras que las establecidas en la Ley.

Este código además de establecer causales de nulidad, clasificó las mismas en nulidades de procedimiento o falta de solemnidades esenciales y nulidad del fallo, por estar dictado contra ley expresa y terminante.

Para obtener la declaratoria de dichas nulidades se estableció el Recurso Extraordinario de Nulidad, respecto de las sentencias ejecutoriadas cuando contuvieren infracciones por haberse pronunciado contra ley expresa y terminante, o bien cuando el mismo vicio fue cometido en el procedimiento. Las sentencias que admitían dicho recurso eran aquellas que estuvieren ejecutoriadas, en Primera o Segunda Instancia, aun cuando estuvieren pasadas en autoridad de cosa juzgada y así mismo respecto de la de los arbitros arbitradores. No procedía en cambio, si la sentencia admitía apelación o súplica, ni respecto de aquellas pronunciadas por las Cámaras de Tercera Instancia.

El objeto principal del Recurso mencionado era resolver sobre la procedencia de una nulidad y caso de ser declarado, se especificaba la misma, mandando a reponer el proceso (si era nulidad de procedimiento) o declarando nula la sentencia, (si la nulidad era respecto del fallo). Al anularse la sentencia, correspondía al Juez o Cámara ante quien se había interpuesto el Recurso, pronunciar la correspondiente y si la nulidad era de procedimiento eran los mismos, los encargados de hacer la reposición desde el último acto válido. En ambas situaciones la sentencia pronunciada en este recurso era desde entonces inapelable.

Los efectos de la sentencia en el recurso aludido eran por consiguiente, la reposición de los trámites o reposición de todo el proceso si contenían vicios penados con nulidad, por ser

contrarios a ley y revocación de la sentencia por haberse pronunciado contra ley expresa y terminante.

"El Código de Procedimientos Civiles de 1863, -dice el Dr. René Padilla y Velasco, en su tesis ya citada-, reformó un tanto el tratado de las nulidades en puntos sustanciales, La causa tercera de nulidad (la falta de citación para los efectos que la ley la requiere expresamente) la ampliaba diciendo que producía nulidad la infracción de las formalidades en los emplazamientos, citaciones y notificaciones que se hicieran a las partes. Y agregaba como motivo de nulidad la siguiente: la sentencia interlocutoria o definitiva que no estuviere autorizada en forma legal. Desde entonces proviene la diferencia entre nulidades relativas y nulidades absolutas o sean nulidades subsanables o ratificables y nulidades que no admiten ese remedio de las partes.

Las nulidades Relativas o Subsanales o Ratificables, se subdividían a la vez, en nulidades ratificables tácitamente y nulidades ratificables expresamente. Estas nulidades podían declararse por los jueces o Tribunales en el curso de las instancias, o mediante el Recurso Extraordinario de Nulidad, con excepción de las nulidades relativas, ratificables tácitamente, que sólo podían hacerse a solicitud de parte, y nunca de oficio, y también solo en el curso de las instancias y nunca por medio del recurso extraordinario de nulidad" (1)

(1) Dr. René Padilla y Velasco. Obra citada.

Otra particularidad del Código a que nos venimos refiriendo consistió en establecer un procedimiento para declarar las nulidades en el curso de las instancias, que se conoce como incidente.

Tanto las nulidades absolutas como las relativas eran comprendidas en otra clasificación, nulidades de procedimiento y de fallo; en las primeras, se anulaba la sentencia y el procedimiento mandándose a reponer el juicio desde el primer acto válido y en las segundas, o sea las contenidas en el fallo por ser contra ley expresa, o por no estar el fallo autorizado legalmente se revocaba y se ordenaba pronunciar la sentencia correspondiente.

El Recurso Extraordinario de Nulidad era el que servía para conocer de las nulidades referidas y en el Código de 1863 se mantuvo con similares características al anterior, con algunas modificaciones, mediante las cuales se dejó claro que el recurso solo procedía por sentencias definitivas de Primera Instancia inapelables o de Segunda que no admitieran súplica; reformas que pusieron en claro que el Recurso Extraordinario de Nulidad no era una tercera instancia.

Posteriormente al promulgarse el Código de Procedimientos de 1880, la reforma más importante al Recurso Extraordinario de Nulidad fue la de establecer que cuando se anulara la sentencia por haberse fallado contra ley expresa y terminante, al

mismo Tribunal tocaba pronunciar la correspondiente y condenaba al inferior a las costas, daños y perjuicios. Dicha reforma fue dada con el objeto de ordenar las instancias, corrigiendo lo que sucedía a veces de que después de conocer en Tercera Instancia una nulidad, pasaba el asunto principal a ser conocido en lo Principal en Segunda Instancia.

El Recurso Extraordinario de Nulidad permaneció vigente hasta el 14 de diciembre de 1883, fecha en la cual se promulgó la Ley de Casación publicada el 23 del mismo mes y año, en su Art. 35 suprimió el Recurso Extraordinario Nulidad. Dicha ley surgió como consecuencia de haber establecido la Constitución de 1883, una nueva organización del Poder Judicial en Cortes de Casación, Cortes de Apelación y demás tribunales y jueces, como integrantes del Poder Judicial.

A la Corte de Casación correspondía conocer de los recursos de casación, que en lo Civil contenía como causas genéricas: sentencia contra ley expresa y terminante, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y por infracción al compromiso de los arbitradores o amigables compondores. El recurso se tenía de las sentencias pronunciadas en apelación y contra las de los arbitradores.

Estaba previsto en la ley respectiva que si se casaba el recurso por infracción a formas esenciales del juicio se debería anular la sentencia, invalidando asimismo el proceso desde la

etapa procesal o acto que adolecía del vicio. En tal caso, se establecía la obligación de devolver los autos al Juez o Tribunal de donde aquellos provenían, con el fin de reponer el procedimiento y tramitar éste con arreglo a derecho. Si el motivo de casación consistía en incompetencia de jurisdicción no prorrogable al casarse la sentencia, reconociendo la infracción, debían remitirse los autos al Juez o Tribunal que era competente.

Por falta del estatuto respectivo no funcionó el Recurso de Casación y fue hasta el año de 1884 que supliendo tal necesidad se promulgó la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual fue armonizada con la Constitución últimamente citada y la respectiva ley de Casación.

No obstante lo positivo de tales cambios en la legislación, éstos no fueron puestos en práctica y por el contrario se buscó reformar la Constitución de 1883 y por Decreto Legislativo de 14 de febrero de 1885 se decidió organizar el Poder Judicial de acuerdo a la Constitución Política de 1880. Tal propósito no prosperó por haberse emitido en mayo de 1885 una nueva Constitución que conforme a sus disposiciones suprimió la Corte de Casación y el Recurso del mismo nombre.

Dicha supresión quizá fue causa de suponer que quedaba vigente nuevamente el Recurso Extraordinario de nulidad, no obstante que ninguna ley lo declaró así.

Al respecto, en su tesis ya citada, dice el Dr. René Padilla y Velasco, "El hecho de que haya sido derogada la Ley de Casación como la Constitución que lo originó, no puede ser nunca razón para que reviva automáticamente el recurso tantas veces mencionado. Tampoco ha de suponerse existente porque el Código tenga una serie de artículos que hablan del mismo, puesto que el último Código, o mejor dicho el Código que está en vigencia, es el de 1880, anterior a la fecha de su derogatoria, y lo único que ha salido - después de 1886 son ediciones del Código de 1880 que no pueden nunca dar carácter de ley a las disposiciones contenidas en su texto que hayan sido incluidas equivocadamente.

Es, pues, desde el año de 1886 que los Tribunales y Foro Salvadoreño han incurrido constantemente en el error de suponer existente al Recurso de Nulidad" (1)

No obstante la claridad que resulta del hecho a que se refiere la opinión anterior, desde 1886 se continuaron tramitando los recursos de nulidad por la Cámara de Tercera Instancia y no fue sino hasta que se promulgó la Ley de Casación, mediante Decreto Legislativo, de 31 de agosto de mil novecientos cincuenta y tres, que se derogaron las leyes referentes a la Tercera Instancia y al Recurso Extraordinario de Nulidad en lo Civil, pasando a ser los preceptos de la ley, en lo pertinente, capítulos del Código de Procedimientos Civiles. Se decidió asimismo que los

(1) Dr. René Padilla y Velasco. Pág. 235, Obra citada.

recursos de Súplica y Extraordinarios de Nulidad pendientes a la fecha de vigencia de la Ley continuarían tramitándose con arreglo a las leyes anteriores por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia a quien se confió el conocimiento de los Recursos de Casación en lo Civil.

Como conclusión acerca de las regulaciones de las nulidades procesales en la ley salvadoreña, podemos decir que en la actualidad pueden alegarse las nulidades absolutas en cualquiera de las dos instancias, excepto el caso de las que estando permitido, se hubieren ratificado y las relativas pueden alegarse en primera instancia o en segunda instancia al apelarse de la sentencia y finalmente, los quebrantamientos de las formas esenciales del juicio pueden ser causa para fundar la interposición del Recurso de Casación en lo Civil por la causa de "Quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio", a que se refieren los Arts. 2, letra B y 4 de la Ley de Casación, excepto en los juicios verbales.

En la exposición de los requisitos para obtener la declaración de nulidades que trataremos en el siguiente capítulo volveremos sobre este punto.

CAPITULO IV

PROCESO CIVIL Y NULIDADES

A) ACTO PROCESAL NULO Y NULIDAD DE LA RELACION JURIDICO PROCESAL.

En el presente capítulo pretendemos aplicar los principios de las nulidades respecto de ese conjunto de actividades coordinadas y progresivas que complementándose unas a otras, son realizadas ante la autoridad judicial para obtener la declaración de nulidad o ejecución en un juicio de aquellos intereses tutelados por el Derecho, en vista de la incertidumbre, desconocimiento o insatisfacción aplicando la ley al juicio correspondiente, todo lo cual constituye el proceso civil.

En el desenvolvimiento de dicha actividad ocurren manifestaciones de voluntad y se establecen derechos y obligaciones, cuya naturaleza es necesario conocer para poder llegar al conocimiento de los actos procesales nulos y las relaciones jurídico procesales de igual naturaleza.

Un primer estudio corresponde, por consiguiente, a los actos jurídicos procesales los cuales no obstante ser simples actos jurídicos en relación al proceso no están regidos en forma estricta por la teoría de los hechos y actos jurídicos del Derecho Privado, circunstancia que tiene su explicación en la naturaleza propia del proceso y la función procesal.

Los hechos jurídicos que tienen importancia en esta rama del Derecho son aquellos que producen consecuencias jurídicas en el proceso, por estar regulados por una norma de derecho; se dividen en hechos provenientes de la acción de la naturaleza y los provenientes de la acción del hombre, y que tienen alguna influencia en el proceso; son ejemplos de los primeros los casos de inundaciones, terremotos, etc., especialmente con relación a términos o plazos para ejecutar actos procesales, la muerte de una de las partes de un juicio, o el transcurso del tiempo para apreciar la prescripción de las acciones, etc.

Los actos procesales a su vez pueden ser voluntarios o involuntarios y los primeros, de acuerdo a su legalidad, pueden ser lícitos o ilícitos; aclarando que esta última categoría de actos, o sea los ilícitos, no ha sido suficientemente considerada en el Derecho Procesal, razón por la cual aún cuando podrían plantearse vicios en la formación de la voluntad no existen disposiciones legales que regulen tales situaciones.

De acuerdo a lo anterior, interesa por ahora el estudio de los actos jurídicos procesales voluntarios lícitos que han sido definidos por varios autores como aquellos que encontrándose en relación directa con el proceso, producen efectos jurídicos procesales que trascienden en el mismo y sirven para la constitución o creación, conservación, desarrollo, modificación o extinción de relaciones procesales.

Las consideraciones anteriores son suficientes para afirmar que en esta materia lo que interesa es la índole procesal del acto y el efecto que con el mismo se produce en una determinada relación. El acto procesal así concebido debe constar de dos requisitos: de fondo y de forma. Los primeros se refieren al proceso psicológico de la voluntad respecto de los cuales no exista capacidad en los sujetos que ejecutan los actos cuando estos intervienen personalmente, o que se acredite debidamente la personería en el caso de actuar como apoderado o representante legal del titular del derecho; asimismo quedan comprendidos en estos requisitos de fondo aquellos relativos a la necesidad de comprobar un interés para obrar y de legitimidad de la causa, todos los cuales sirven para darle validez y eficacia al acto, circunstancias por las cuales se les reconoce como requisitos de fondo.

En cambio los requisitos de forma del acto procesal, son aquellos de carácter objetivo cuyo estudio hemos realizado con anterioridad acerca de las condiciones de tiempo, modo, lugar, oportunidad y otros, indispensables para que tengan validez los actos en el proceso.

Como complemento del estudio de los actos procesales citamos a continuación dos de las principales clasificaciones que de los mismos hacen los autores desde los siguientes puntos de vista:

1) Por los Sujetos que los ejecutan:

a) Actos de Tribunal: que son los realizados por los Jueces, Magistrados, colaboradores, etc., cuando resuelven las peticiones que se les hacen y pronuncian las sentencias;

b) Actos de Partes: que son los realizados por el demandante o el demandado o terceros; y, finalmente,

c) Actos Ejecutados por Terceras Personas no vinculados directamente con el proceso: pero que tienen relevancia en el juicio y son los que realizan los peritos, testigos y agentes de la autoridad cuando auxilian al Juez a ejecutar sus decisiones, pregoneros, depositarios, etc.

2) Desde el punto de vista de la naturaleza del derecho que se ejercita: (1)

a) Actos procesales en sentido estricto que son el ejercicio de un derecho preexistente;

b) Actos que sirven para constituir un derecho mediante acuerdo de voluntades, como el caso del compromiso arbitral, en la transacción, etc. y,

c) Actos para constituir un derecho por manifestación de voluntades coincidentes en el proceso, como cuando las partes se

(1) Clasificación de Hugo Alsina, V.1 Parte Gral. 2a. Ed. EDIAR. Buenos Aires 1963, pág. 608.

ponen de acuerdo en la designación de peritos (1) o cuando se conforman de la sentencia expresamente (2).

Con base en el estudio que llevamos realizado acerca de la naturaleza de los actos jurídicos procesales, se facilita comprender que la nulidad de los mismos como elemento negativo a su validez se produce cuando los actos carecen de los requisitos esenciales para su constitución; es decir, deviene la nulidad cuando adolecen los actos de un vicio que les impide producir sus efectos normales.

No es necesario, extendernos sobre los demás aspectos de la nulidad referida a los actos, por cuanto ya se expusieron en el Capítulo II de este trabajo; basta por ahora, para recordarlos, citar la definición de Eduardo Pallares que dice: "El acto procesal nulo es aquel que por carecer de alguno o algunos de los requisitos que la ley exige para su constitución o no existir su presupuesto legal, no produce los efectos jurídicos que debería o solo los produce provisionalmente" (3)

Entendido así el acto procesal nulo, interesa su estudio

(1) Art. 347 Pr.

(2) Art. 445 No. 1 Pr.

(3) Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil Editorial Porrúa, México 1966.

en relación al proceso, ya que como hemos dicho éste se encuentra constituido por actos sucesivos, cuyos efectos se comunican entre sí, especialmente el de la nulidad, y tal actividad tiene particular importancia si se relaciona con el fin que persigue cual es la de obtener una decisión o actuación de la ley.

En el proceso ocurren esa serie de actos que antes nos hemos referido, los cuales emanan de las partes y el Juez y por medio de ellos se establecen derechos y obligaciones que están sujetos a la ley. Para explicarse la naturaleza de esa actividad procesal existen varias teorías de las cuales la que mayor aceptación ha tenido es la de la relación jurídica procesal, figura que ha sido definida por Hugo Rocco así: "La relación jurídica procesal, puede pues definirse diciendo que es aquel conjunto de relaciones jurídicas, esto es de derechos y obligaciones regulados por el derecho procesal objetivo, que median entre actor y estado y entre demandado y Estado, nacidas del ejercicio del derecho de acción o de contradicción en el juicio" (1)

Al iniciarse un juicio surge una relación de carácter procesal, en la cual los sujetos son el estado y las partes (actor, demandado) entre los cuales median derechos y obligaciones, así el Juez está obligado a resolver las peticiones y las partes a alegar o exponer los hechos y probarlos, todo lo cual

(1) Hugo Rocco. Teoría General del Proceso Civil. pág. 291
Editorial Porrúa. México 1959, 1a. Edición.

tiende a la actuación de la ley a un caso concreto mediante una sentencia que se pronuncia después del examen de la controversia judicial. Ese hecho de establecer derechos y obligaciones entre los sujetos mencionados es lo que ha servido para la determinación de la relación jurídico procesal, haciendo constar que no se trata de una simple relación jurídica sino que aquella es una actividad encaminada a un fin cual es el de obtener una sentencia; los sujetos de la relación aun cuando sus intereses sean disímiles cooperan o colaboran en dicho fin.

Son notas esenciales de la relación jurídico procesal las siguientes:

a) Es una relación de derecho público, en atención a la naturaleza de la función jurisdiccional que se ejercita por parte del órgano jurisdiccional y conforme a la clase de normas jurídicas que la regulan;

b) La relación es independiente o autónoma y diferente de la relación jurídica de tipo material que es objeto del juicio;

c) Tiene además un carácter complejo por cuanto de la relación mencionada surgen o nacen otras relaciones en forma de derechos y obligaciones; y

d) La relación procesal tiene un carácter unitario ya que toda la actividad está encaminada a la actuación de la Ley al caso concreto.

Ahora bien, para la validez de esa relación jurídico procesal son requeridas determinadas condiciones o requisitos de validez llamados presupuestos procesales, los cuales son exigibles desde el momento de decidir sobre la admisión de la demanda como supuesto previos al juicio y sin los cuales no puede tener validez formal la demanda; si concurren, debe reconocerse el lícito ejercicio del derecho de acción, lo cual implica en relación a la demanda presentada que surge una primera relación de derechos y obligaciones entre Juez y actor, los cuales normalmente derivan en la obligación de admitir la demanda y dar traslado de ella al demandado. Al ser contestada la misma, se produce el efecto de establecer relaciones entre las partes y el Juez, se fijan las personas del actor y del demandado, no pudiendo desde entonces variarse ni modificarse. Pero además, de determinar el nacimiento del proceso los llamados presupuestos procesales sirven también para el desarrollo y finalización del juicio, previo el procedimiento respectivo y la decisión judicial denominada sentencia. Los presupuestos procesales luego entonces, son supuestos o requisitos sin los cuales no puede concebirse la validez de la relación jurídico procesal, ni puede ejercitarse el derecho de acción como derecho subjetivo.

Los presupuestos procesales por consiguiente se refieren a condiciones legales que deben concurrir respecto a la acción ejercitada, a la actitud del Juez y de las partes; el pri-

mero para conocer y los segundos para actuar. Tales presupuestos han sido clasificados así:

a) PRESUPUESTOS PREVIOS AL JUICIO: Se refiere a los requisitos o condiciones que debe reunirse para poder ejercitar la demanda, entre los que en primer lugar se encuentra la necesidad de que el actor tenga actitud o capacidad jurídica procesal para intervenir en juicio, llamada por ese motivo "legitimatío ad procecessum" que comprende también en el caso de no actuar personalmente la legitimación o comprobación de la representación que se obtenta como apoderado, representante legal o agente oficioso. Quedan comprendidos también en estos presupuestos por parte del Juez, la necesidad de que éste tenga competencia o aptitud para conocer del pleito, tanto en razón de la materia como por el título que determina la competencia y finalmente, se requiere además que la demanda reúna los requisitos formales establecidos en la ley.

b) PRESUPUESTOS PROCESALES PARA EL PROCEDIMIENTO. Estos deben concurrir después de admitida la demanda y son necesarios para impulsar el procedimiento, para la formación de la relación jurídico procesal y ejemplos de los mismos son en aquellos juicios donde se ventila el derecho de propiedad, la anotación preventiva de la demanda, o el secuestro preventivo y en los que se exige el cumplimiento de una obligación, el embargo de los bienes del deudor. Luego en general, es necesario como requisitos

de trámite que se guarden las etapas, en el orden establecido por la ley, concediendo las audiencias y traslados requeridos para la ejecución de las diligencias.

Siendo necesarios los requisitos aludidos para la validez de la relación jurídico procesal, la falta de los mismos ha sido motivo para que la doctrina moderna haya calificado que al igual que en los actos jurídicos, la relación mencionada puede ser inexistente, nula o simplemente anulable. La nulidad absoluta ocurre respecto a la referida relación cuando falten aquellos presupuestos que no pueden ser saneados o convalidados, que son en general los necesarios para la constitución de la Relación procesal que hemos dejado mencionados y deviene nulidad relativa de la relación cuando faltan aquellos presupuestos que son subsanables.

Finalmente debe aclararse que no puede existir nulidad de la relación jurídico procesal, en los casos de ser cumplidos los presupuestos procesales que faltaban, hecho que puede suceder con ocasión de ser reclamadas dichas faltas en virtud de las excepciones dilatorias opuestas por el demandado.

b) MOTIVOS DE NULIDAD PROCESAL. En el capítulo II del presente trabajo de tesis dijimos que nuestro Código de Procedimientos Civiles había adoptado el sistema tradicional de agrupar las nulidades en absolutas y relativas; dicha división proviene del Derecho Privado y el criterio que principalmente sirve para distinguir una clase de otra es la posibilidad de ser

declarables de oficio o a petición de parte. En aquella oportunidad dijimos que debido a la influencia citada existe en el título de las nulidades la misma imprecisión terminológica que en el Derecho Civil para determinar las categorías de nulidades o grados de las mismas.

Pero además de lo señalado, el capítulo relativo a la nulidad en nuestro Código "es sumamente confuso, confusión debida a reformas posteriores introducidas por los legisladores después de 1857" (1); también es falta de técnica y limitativo de la función del Juez en cuanto a la dirección que debía de tener respecto del proceso.

Nuestro propósito no es el de realizar un estudio exegético de las disposiciones legales que se refieren a los motivos de nulidad, porque debe ser fin de una tesis mantener una proposición con razonamientos y en cuanto a los motivos de nulidad consideramos que en un futuro proyecto de Código Procesal Civil se deberán introducir cambios fundamentales a los cuales nos referiremos más adelante.

Siguiendo los postulados de modernas doctrinas sobre el tema de las nulidades consideramos innecesario consignar los motivos de nulidad procesal en la forma como aparecen en el referido capítulo de las Nulidades; no es necesario hacer clasifica-

(1) Dr. René Padilla y Velasco. Obra citada página 187.

ciones de las mismas ya que la calificación surge de su propia naturaleza y basta consignar elementos generales para resolver los efectos que una u otra clase de nulidades produce o bien señalar en cada disposición donde aparezca sancionada con nulidad una determinada infracción, cual es el tipo o clase de la misma o su posibilidad de ser subsanada o no. Si se trata de hacer una clasificación, debe surgir desde el punto de vista de la falta de los requisitos necesarios para que se forme la relación jurídico procesal.

Teniendo en cuenta dicha relación podemos clasificar los motivos de nulidad procesal en la forma siguiente:

a) Motivos de Nulidad por infracción a presupuestos procesales.

b) Motivos de Nulidad por infracción de reglas fundamentales del procedimiento; y

c) Motivos de Nulidad por faltas en cuanto a la disposición externa de los actos procesales, o sea formalidades para la validez de los actos procesales.

Reafirmamos nuestra opinión en cuanto a la necesidad de realizar el estudio de los motivos de nulidad basados en un criterio deferente pero antes de proceder a su exposición, consideramos conveniente consignar la clasificación contenida en el Capítulo II, Título II del Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño:

Divide dicho Código, implícitamente, conforme a los Arts. 1130 y 1131 Pr. las nulidades en Absolutas y Relativas y las primeras en absolutas ratificables y absolutas no ratificables.

Son Nulidades Absolutas no ratificables las siguientes:

- a) La incompetencia de jurisdicción que no ha podido prorrogarse;
- b) La falta de autorización del fallo en la forma legal; y
- c) El pronunciarse el fallo contra ley expresa y terminante.

Son Nulidades Absolutas Ratificables:

- a) La incapacidad absoluta de una de las partes que han intervenido en el juicio como un adulto no habilitado de edad sin guardador;
- b) Falta de citación o emplazamiento para contestar la demanda; y
- c) La ilegitimidad de alguna de las partes del juicio, como un procurador sin poder.

Son Nulidades relativas las siguientes:

- a) La falta de recepción a prueba en los juicios y en las causas que la ley la requiere expresamente;
- b) La denegación de prueba en las mismas causas y en las que la ley las requiere expresamente; y
- c) La falta de algún emplazamiento, citación o notificación con tal de que no sea para contestar la demanda;

d) La falta de audiencia de parte legítima para dictar cualquier resolución ya sea definitiva o interlocutoria;

e) Toda sentencia, decreto o diligencia judicial que no esté autorizada en la forma legal; y

f) La omisión de todo acto o trámite prescrito por la ley bajo pena de nulidad.

Acorde con la crítica que anteriormente hicimos en cuanto a las inexactitudes que resultan de seguir una clasificación como la antes relacionada, podemos señalar algunos errores que la misma contiene: por ejemplo, al considerar como caso de nulidad absoluta no ratificable el haberse pronunciado un fallo contra ley expresa y terminante, cuando en realidad tal infracción no sea de carácter formal, sino que es una falta contra ley sustantiva; por lo tanto ese hecho, tiene relación con el contenido de los actos, es un agravio que se causa por el Juez en la aplicación de la ley cuando pronuncia sentencia. La consecuencia no es la reposición de la sentencia como si tratara de una nulidad sino que por ser injusta se pronuncia la que procede conforme a la ley.

Por otra parte, comete también error el Código mencionado al considerar como nulidades relativas determinadas infracciones que afectan decididamente a los principios fundamentales del procedimiento y que por tal razón tienen carácter de absolutas;

esas nulidades son la falta de recepción a pruebas en los procesos que la ley lo requiere expresamente o cuando se deniega cualquier prueba pertinente y legalmente permisible, así como también, cuando se deja de citar para la recepción de alguna prueba. Igual consideración merece el hecho de concebir como nulidad relativa aquella que consiste en no efectuar notificaciones personalmente, en los casos requeridos por la ley o cuando se infringen las formalidades para la validez de tales notificaciones.

Basándonos en la clasificación que anteriormente hicimos de los motivos de nulidad, procederemos al estudio de los mismos en la forma siguiente:

1. Motivos de Nulidad por faltas cometidas en relación a presupuestos procesales.

a) INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. Este motivo comprende tanto la incompetencia de jurisdicción improrrogable, como también la incompetencia del Juez por razón de un título determinante o regla de competencia, excepto que la misma se hubiere prorrogado legalmente.

El primer tipo de incompetencia o sea la improrrogable se ha establecido con el objeto de reservar a determinados Tribunales, el conocimiento de los asuntos a que la misma se refiere en atención a motivos de orden público. Así por ejemplo, existe competencia especial por razón de la materia de que se trata, por la

cuantía de lo litigado o por la razón de los funcionarios que intervienen en el proceso. En tales casos ni aun por consentimiento expreso o tácito, pueden las partes llevar el negocio a conocimiento de un Juez diferente.

Como casos de jurisdicción improrrogable podemos citar la que tienen los Jueces de Paz para conocer de demandas donde el monto de lo reclamado sea mayor de doscientos colones o sea el valor indeterminado, ya que la competencia de aquellos se limita a dicha cantidad (1). No pueden asimismo, los jueces ordinarios conocer de aquellos asuntos cuya jurisdicción sea privativa, como por ejemplo en asuntos que interesa a la Hacienda Pública(2) y no pueden tampoco conocer de las demandas promovidas contra los funcionarios que determina la ley sino aquellos Tribunales que la misma señala. (3)

Puede ocurrir que existan otros casos de incompetencia de jurisdicción improrrogable como por ejemplo si habiendo resuelto el Tribunal Superior una contienda o competencia entre dos jueces o tribunales continua conociendo de un juicio aquel que ha perdido la jurisdicción que anteriormente tenía. Igual situación puede presentarse cuando un Juez continua el conocimiento de un asunto no obstante haber perdido la jurisdicción en virtud de haberse resuelto mediante una ley que el asunto de que ese Tribunal venía conociendo debería pasar a conocimiento de otro nuevo Juzgado que se crea mediante la misma ley.

(1) Art. 474 Pr.

(2) Art. 45 Pr.

(3) Arts. 49, 50, 51, 52 y 53 Pr.

Pierde asimismo la jurisdicción y existe incompetencia, cuando separado un funcionario del conocimiento de un asunto en virtud de recusación o por haberse admitido una apelación, sigue conociendo del juicio que con anterioridad ventilaba; puede también ocurrir que el Juez siga conociendo de un asunto respecto del cual se ha derogado la jurisdicción ordinaria en virtud de haberse sometido el asunto a arbitramento o trasacción, entre las partes.

La otra clase de incompetencia, como motivo de nulidad, que mencionamos al principio se le denomina también relativa, por tratarse de aquellos casos en los cuales la misma proviene de no existir para el Juez competencia por faltar un determinado título de competencia.

Tales títulos de competencia se determinan en razón del domicilio del demandado, por la ubicación o situación de las cosas disputadas, por el lugar señalado para el cumplimiento de la obligación, por el sometimiento a la Jurisdicción de un Tribunal específico y son además títulos que determinan la competencia la conexión o acumulación de juicios, la reconvención y tercera para conocer un Juez en aquellos asuntos donde se presentan esas figuras jurídicas.

La incompetencia de jurisdicción respecto de los títulos anteriormente relacionados, es motivo de nulidad y así debe de declararse; no obstante, puede ocurrir que la nulidad no se pro-

duzca en esos casos si la jurisdicción se prorroga.

La prórroga de la jurisdicción se produce, por regla general, en la jurisdicción ordinaria y aquella se efectúa por consentimiento expreso o tácito de las partes. El consentimiento es expreso, "cuando las partes convienen en someterse a un Juez que para ambas o para alguna de ellas no sea competente; por consentimiento tácito, cuando el reo contesta el pleito ante un Juez incompetente sin oponer excepción, tal como lo dispone el Art. 31 Pr. inciso segundo.

b) LA INCAPACIDAD O LA ILECITIMIDAD DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL JUICIO O DE LAS PERSONAS EN CUYO NOMBRE SE ACTUA SIN LA DEBIDA REPRESENTACION. Este es un motivo de nulidad provocado por la falta de representación o falta de capacidad jurídico procesal de las partes que intervienen en el juicio y por consiguiente, se trata de faltas cometidas respecto de presupuestos procesales.

Dicha capacidad jurídica procesal de las partes, conocida por legitimatio ad Processum, se refiere a la personería adjetiva de los litigantes en el juicio; por tales razones esa falta de capacidad procesal no debe ser confundida ni con la personería sustantiva de las partes ni con la llamada legitimatio ad causam. En efecto, la falta de personería sustantiva se refiere a que la parte carezca del derecho litigado o de deber con respecto del demandado. No se refiere al hecho de que la deman-

da sea improcedente por no ser titular del derecho sustantivo, pues esto es atingente al fondo del asunto que en el juicio será resuelto por la sentencia; puede ocurrir, por consiguiente, que aun cuando no existiera nulidad por falta de legitimación o incapacidad, se declara al final sin lugar las pretensiones deducidas en el juicio o por el contrario, que teniendo el derecho sustantivo la parte que indebidamente fue representada o que es incapaz no se le pueda declarar a su favor por existir infracción a ese elemento de forma relativo a la personería y capacidad del litigante.

Decíamos que tampoco la falta de capacidad o legitimidad de las partes en el proceso debe ser confundida con la legitimación en causa, ya que esta última significa la posibilidad que se tiene para solicitar a la jurisdicción que se resuelva sobre lo pedido en la demanda, respecto del derecho material o sustancial pretendido, declarando si existe o no en la sentencia de fondo. Debe tenerse en cuenta que esta legitimación para pedir, para impulsar el proceso, puede suceder que sea ejercida aún por una persona que no es el titular de aquel derecho sustantivo que será objeto del juicio; por consiguiente, puede ocurrir que al final se declare en forma desfavorable el derecho pretendido. En conclusión, la legitimación *ad causam* no significa que pueda estar segura la parte de obtener sentencia favorable sobre el fondo del asunto.

Confirma la diferencia entre ese elemento de forma denominado incapacidad o ilegitimidad de las partes como motivo de nulidad y la personería sustantiva o validez de la prestación reducida en juicio, que cuando por otro medio se trata de atacar tales situaciones, si es ilegitimidad procede la excepción dilatoria y en el segundo, la perentoria respectiva. (Arts.133 y 129 Pr.)

Concretado así el motivo de nulidad que analizamos, diremos que éste comprende dos situaciones a considerar cuales son la incapacidad y la ilegitimidad de las partes. La primera, se refiere a la falta de capacidad para intervenir como parte, para comparecer en juicio.

La incapacidad en materia procesal al igual que en las obligaciones del derecho civil parte de la circunstancia de considerar que de acuerdo a la inferioridad mental, determinada por la menor edad o por deficiencias orgánicas, existen personas que no pueden obligarse por su propia voluntad y generalmente en esta categoría se encuentran los dementes, impúberes y sordomudos que son reconocidos como incapaces absolutos, asimilando a tal condición también a las personas jurídicas, aunque en forma relativa.

La incapacidad procesal o sea para actuar como actor o demandado directamente, esta determinada en la ley en razón de la posibilidad de obligarse y tal criterio obedece a que consti-

tuyendo el proceso una relación jurídico procesal, en la cual desde la demanda se establece una serie de derechos y obligaciones, no pueden desempeñar las funciones de sujetos de esa relación, ni establecerse la misma con personas que no pueden obligarse ante la ley.

La incapacidad a que el motivo de nulidad se refiere es de tipo absoluto, pero en la ley nuestra ha sido ampliado en lo que respecta al menor de edad hasta el adulto, cuando no ha sido habilitado de edad Arts. 16 No. 2 y 1131 Fr.

La otra causal a que se refiere el motivo de nulidad que estudiamos, es relativo a la indebida representación de las partes en el juicio cuando no se actúa personalmente, sino en representación de otra como su apoderado o mandatario judicial.

La representación legal de las personas tiene lugar respecto de personas naturales incapaces o de las personas jurídicas y es necesario presentar un poder respecto de aquellas personas que pudiendo intervenir personalmente lo hacen por medio de mandatario judicial; en ambas situaciones, debe acreditarse debidamente la representación o personería, mediante los documentos que conforme a la ley tienen valor probatorio para ese efecto.

Por consiguiente, la ilegitimidad de la personería consiste en no tener establecida la representación o mandato o poder suficiente, circunstancias que impiden que las personas que actúen no

puedan obligar con sus actos en la relación jurídico procesal a sus representados o mandantes. La carencia de poder o representación puede ser total o deficiente, pero en ambos casos producir nulidad.

Respecto a esta infracción que produce nulidad absoluta ratificable, conviene tener presente que la misma procede desde que se ha entablado la relación jurídico procesal con la contestación de la demanda desde luego que es un vicio que afecta a un presupuesto procesal. Antes de establecerse dicha relación, puede rechazarse provisionalmente la demanda si no se legitima la personería de quien lo hace en carácter de representante o apoderado por un derecho que no sea propio, aunque le corresponda ejercerlo por razón de su oficio o de investidura que le venga de la ley, como el procurador, tutor o curador de su pupilo, el síndico por la comunidad, u otro que esté en igual caso. El rechazo obedece a la obligación que se tiene, en tales casos, de acompañar con el primer escrito o gestión los documentos que acrediten la personalidad y por tal razón hasta que se legitima la personería se le dá a la demanda el trámite de que sea suceptible, según su naturaleza Arts. 1273 y 1274 Pr.

Obligación semejante existe para el demandado de comprobar la personería que tenga como representante o como apoderado, lo cual debe efectuar al contestar la demanda. Sin embargo, puede

sucedir que no exista tal comprobación y en tal caso, es al actor a quien queda la oportunidad de probar la personería en el término probatorio o en el correspondiente al requerimiento que se hiciera para poder legitimar la personería o se ratifique lo actuado por quien tiene derecho a hacerlo. El poder extendido a favor de una persona para comparecer en juicio es necesario presentarlo al contestar la demanda, sin cuyo requisito no puede ser admitida.

Resumiendo este motivo de nulidad que comprende las dos situaciones de incapacidad e ilegitimidad, diremos que es un vicio que afecta a un presupuesto procesal, ya que las partes para actuar válidamente necesitan: a) tener capacidad para poder obligarse; b) capacidad para comparecer en juicio o sea "legitimatío ad procesum"; c) legitimar debidamente la representación o mandato mediante la cual intervienen en el juicio.

La falta de tales condiciones produce nulidad absoluta, que puede ser declarada de oficio o a petición de parte; esta nulidad sin embargo es ratificable, si requerida la parte legitimare su personería o mediante ratificación expresa por quien tiene derecho a hacerlo. Art. 1131 Pr.

La ratificación siempre deberá ser expresa, ya que si no se contesta al requerimiento se entiendo o presume la no ratificación y por otra parte si por alguna circunstancia no fuere

tomada en cuenta la nulidad por el Juez o Cámara y se pronunciara sentencia sin reclamarse la nulidad, ésta será válida por la falta de requerimiento, tal como fue resuelto en sentencia de 7 de noviembre de 1927. Revista Judicial de 1927 Nos. 10 a 12. Tomo XXXII, páginas 341 y 349.

Concluido el estudio respecto de los motivos de nulidad relativo a faltas que afectan a los presupuestos procesales, analizaremos a continuación la siguiente categoría que corresponde a aquellos vicios que afectan a presupuestos procesales para que el procedimiento siga los trámites en el orden establecido por la ley.

2. Causas de Nulidad originadas por vicios que infringen reglas fundamentales de los procedimientos tenemos las siguientes:

- a) La falta de notificación o emplazamiento en la forma establecida por la ley o incumplimiento de las formalidades necesarias para la validez de aquel;
- b) Falta de recepción a pruebas en los casos que fuere necesario, de conformidad a la ley;
- c) La denegación de pruebas pertinentes y que sean admisibles legalmente; y
- d) Falta de citación para diligencias de recepción de pruebas en el juicio.

Pasaremos al estudio breve de cada uno de estos motivos:

FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO. Se refiere al incumplimiento de las formalidades establecidas en la ley para hacer saber al demandado el texto de la demanda incoada en su contra y hacerle la prevención o llamamiento para que comparezca ante el Juez a manifestar su defensa.

El aludido motivo se refiere a la falta de cumplimiento de un requisito puramente formal, pero que tiene trascendencia en la formación de la relación jurídico procesal, que sirve para determinar los sujetos de dicha relación y que fija el objeto de la litis.

La falta de emplazamiento del demandado por consiguiente, no se refiere a cuestiones de fondo que tenga que ver con la posible ineptitud de la demanda, por ejemplo en cuanto exista error al haber demandado a persona diferente. Esto último pertenece a la naturaleza del derecho material cuya actuación se ventila ya que se trata de cuestiones de carácter sustantivo que podrán ser ventiladas mediante otro tipo de recurso, impugnando la ineptitud de la demanda por ser otra la persona que se mandó.

Hecha esa salvedad, la causal mencionada comprende dos situaciones: la falta del emplazamiento o la informalidad en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para dichos emplazamientos.

Para ser válido el emplazamiento tiene que ser hecho al demandado en persona, si éste fuere una persona capaz o en caso contrario a su representante legal. Si dicha diligencia no pudiere efectuarse por encontrarse ausente el demandado del territorio de la República, se hará el emplazamiento por medio de su procurador, o se promoverá en caso de no tener apoderado con poder suficiente, al nombramiento de un Curador Especial con quien se entenderá dicho emplazamiento.

La falta del cumplimiento de los requisitos necesarios para efectuar válidamente la diligencia a que nos venimos refiriendo, consiste en no cumplir con las exigencias de la ley en cuanto a quien es la persona que debe hacer el emplazamiento, la forma de dar a conocer la demanda y auto que confiere el traslado, las circunstancias que deberán consignarse en el acta respectiva, etc.; se refiere asimismo al incumplimiento de formalidades que son requeridas para proceder al emplazamiento cuando no se encuentra al demandado o en el caso que éste esquive el emplazamiento o cuando deba de hacerse el mismo en lugar diferente a aquel donde se ventila el juicio, por medio de comisión o exhorto.

La naturaleza de este tipo de nulidad es calificada en la ley como absoluta, pero con posibilidades de ser ratificable elemento éste último que más adelante estudiaremos.

FALTAS COMETIDAS EN RELACION A LA DILIGENCIA DE RECEPCION DE PRUEBAS.

Para simplificar el estudio de los restantes motivos de nulidad por infracciones cometidas en trámites fundamentales, analizaremos en conjunto los que aparecen contenidos en los literales b. c y d, de la clasificación anteriormente citada.

Dichos casos de nulidad provienen de afectar o infringir un trámite tan importante como es el de recibir las pruebas aportadas por las partes. Extraña que ese vicio a derecho tan esencial, con el cual se niega la posibilidad de probar los hechos controvertidos, sea considerado en nuestra Ley como caso de nulidades relativas cuando en realidad se trata de nulidades absolutas ratificables. Confirma lo anterior, el hecho de que ya en el Recurso de Casación dichos motivos constituyen causales para interponerlo, por infracción de formas esenciales del juicio.

La recepción a pruebas es indispensable en forma general en toda clase de juicios, ya sean estos ordinarios o extraordinarios y comprende asimismo la segunda instancia, cuando sea procedente recibir pruebas.

La apertura a pruebas se justifica en todos aquellos juicios que no se tramitan como de mero derecho, por la necesidad de comprobar los hechos alegados y controvertidos por las partes. Las situaciones que pueden originar la infracción son,

principalmente, aquellos casos cuando el Juez niega la apertura a pruebas, no obstante que el juicio es de hecho; dicha negativa puede ampararla indebidamente el Juez en darle trámite de juicio de mero derecho sin serlo. Asimismo, ocurre cuando habiéndose interrumpido el término probatorio por un caso fortuito, el Juez se niega a reponer el resto del término que faltaba por cumplir y finalmente puede suceder que indebidamente se tramite un juicio mediante un procedimiento más corto o breve del que le correspondería de acuerdo a su naturaleza.

Sobre esto último cabe señalar que los términos se han establecido con una duración relativa a cada clase de juicio en relación a la importancia de los asuntos discutidos.

Se ha entendido asimismo como falta de recepción a pruebas cuando el Juez debiendo haber abierto a pruebas el juicio por el término ordinario, restringe dicho término al del juicio sumario.

La denegación de pruebas es otro motivo considerado indebidamente como nulidad relativa, cuando en realidad debía ser absoluta. El motivo se tipifica por el rechazo que hace el Juez para recibir pruebas atinentes y legalmente admisibles, que pueden ofrecerse dentro del término probatorio o en algunos casos fuera de él, cuando la ley lo permite.

Al mencionar pruebas pertinentes queremos indicar que no procede la nulidad cuando el Juez o Cámara rechazan una prueba que no es procedente, ya que esas autoridades tienen libertad en cuanto a la apreciación de los hechos. Pero además de que sean pruebas pertinentes es necesario que el ofrecimiento se haga en el momento oportuno, señalado por la ley, o sea dentro del término probatorio excepto los casos permitidos para recibir pruebas fuera de ese término, como lo dejamos dicho.

Cabe agregar que también las pruebas ofrecidas pueden ser recibidas por los medios reconocidos por la ley y con el objeto de producir efectos jurídicos; no hay denegación por consiguiente respecto de diligencias que se piden realizar o ampliar solo para retardar el curso del juicio.

Finalmente, como causal de nulidad hemos agregado otra que no aparece en la ley vigente, o solo está comprendida de manera genérica y es la infracción consistente en no citar a las partes el día y hora señalado para recibir pruebas. Es un motivo que dada su importancia, debía ser considerado como causa de nulidad absoluta ratificable. La razón fundamental para opinar así es porque al no hacer la cita correspondiente a cualquiera de las partes, se afectan los derechos de defensa de las mismas pues se les impide o no tienen la oportunidad de presentar las pruebas

ofrecidas o no pueden asistir a la recepción de prueba de la parte contraria y hacer uso de derechos como el de impugnar documentos, repreguntar testigos, asistir a inspecciones, compulsas u otras diligencias, donde la parte puede hacer observaciones u oposición a su favor.

Con base en algunas experiencias, estimamos que ese motivo debía ser ampliado en el sentido de considerar también como nula la cita para la diligencia aludida, cuando no se hace la misma con una anticipación prudencial para que la otra parte tenga oportunidad de asistir a la diligencia si lo quisiere. Esto es necesario porque en algunos casos se cita para pruebas que serán recibidas el mismo día, a escasas horas de diferencia de la cita respectiva.

Los motivos de nulidad a que nos hemos referido debían ser considerados en un nuevo Código Procesal Civil como nulidades absolutas, con posibilidad de ratificarse tácitamente cuando la parte comparece al proceso sin alegar la nulidad oportunamente.

MOTIVOS DE NULIDAD POR FALTAS EN CUANTO A LA DISPOSICION EXTERNA DE LOS ACTOS PROCESALES.

El primer caso que consideramos es el de la sentencia informal por falta de autorización de la misma de la manera prevista en la ley. Dicho motivo existe cuando falta la autenticación o certificación de lo actuado en la sentencia, función que corresponde al Secretario del Tribunal al firmar la misma.

Respecto de ese motivo hay que distinguir lo siguiente: si se trata de una sentencia definitiva, produce nulidad absoluta no ratificable; si se trata de una sentencia interlocutoria o cualquier otro decreto o diligencia la nulidad es relativa, de acuerdo a la importancia de cada tipo de resoluciones.

Otros motivos de nulidad comprendidos en esta división ocurren cuando existe falta de cualquier notificación que la ley requiere que sea personal como cuando no se da audiencia para dictar resoluciones que la ley lo requiere.

Así tenemos que es necesario hacer emplazamientos a las partes para que acudan a hacer uso de sus derechos al Tribunal Superior, al admitirse una apelación y que deben cumplirse las formalidades para citaciones o notificaciones; luego entonces se connota nulidad si no se cumplen los requisitos establecidos para efectuarlos, los cuales aparecen o se han establecido no solo en el Código de Procedimientos Civiles sino también en otras leyes. Por ejemplo, se debe citar al vendedor, y al Síndico Municipal en diligencias de Título Supletorio, se debe de notificar a los herederos del difunto los créditos que contra él existían; se debe notificar a los colindantes de un inmueble a titular con base a la ley de Predios Urbanos o Ley Agraria y se notifican los créditos cedidos o dados en prenda.

Refiriéndonos a la falta de audiencia de parte legítima se trata de aquellos casos de incumplimiento del Juez a la obligación de oír a las partes sobre las razones que tengan. Estas audiencias pueden serlo para pronunciar sentencias interlocutorias o definitivas; así por ejemplo en el incidente de fianza se manda a oír a la parte contraria respecto de la fianza rendida o la prueba de solvencia económica; existe audiencia también obligatoria para correr los traslados, para alegar o contestar agravios en segunda instancia.

Son excepciones a este motivo de nulidad, las faltas de audiencias al pronunciar resoluciones rechazando artículos impertinentes que no tienen otro objeto que demorar el curso de la causa art. 1115 Pr. o cuando se omite la audiencia respecto de resoluciones favorables a la parte que debió oírse. Arts. 1118 Pr.

Finalmente dentro de esta clasificación se encuentra también el caso de la omisión de cualquier otro acto o trámite prescrito por la ley bajo pena de nulidad.

C) DECLARACION DE NULIDADES . REQUISITOS.

Los requisitos para obtener la declaración de una nulidad han sido suficientemente explicados en el desarrollo de esta tesis, por lo cual nos limitaremos a hacer un resumen de los mismos. Es necesario que la nulidad esté expresamente señalada en la ley,

y que afecte o pueda afectar el derecho de defensa de la parte que la alega en cuyo favor se ha establecido; el perjuicio causado o por causar, como antes dijimos, debe establecerse salvo que se trate de nulidades absolutas, ya que éstas pueden ser declaradas de oficio y son de orden público, por afectar garantías esenciales.

Otros requisitos que también debían aparecer en la Ley se refieren a que la nulidad no puede ser alegada por quien contribuyó a su ejecución; que solo puede pedirse la nulidad cuando este es permitido, por aquel que siendo parte resulta perjudicado; no puede hacerlo por consiguiente un tercero que no es parte en el juicio, aunque demostrara recibir algún perjuicio; si puede hacerlo quien no había intervenido al pronunciarse la nulidad o si solo tuvo intervención en un incidente del juicio. Pero el más importante de los requisitos que debía aparecer en la ley es el relativo a que solo se declarará una nulidad cuando la violación de la ley, produzca un perjuicio de tal naturaleza que no puede ser reparado por otro medio si no es declarando la nulidad.

Las oportunidades de declarar las nulidades establecidas en la ley se producen por los medios siguientes: a) Incidente de Nulidad producido en Primera Instancia; b) Al pronunciar sentencia en Primera o Segunda Instancia, c) Al pronunciarse sentencia en recurso de casación, por quebrantamiento de formas esenciales del juicio,

en cuanto se haya causado perjuicios en la sentencia; y d) En cualquier momento del juicio tratándose de nulidades absolutas no ratificables.

En Primera Instancia son dos las formas mediante las cuales se declaran las nulidades; la primera ocurre cuando el Juez notando una irregularidad de procedimiento lo hace presente a las partes y si aquella a quien perjudica no ratifica lo actuado se declara la nulidad mandando a reponer la diligencia que la tenga y la segunda forma ya referida, acontece mediante un incidente suscitado por el reclamo de una de las partes, en el cual previo traslado por tercero día a la otra parte se manda a reponer la diligencia afectada de nulidad.

Este tipo de nulidades pueden ser también declaradas en Segunda Instancia al pronunciarse la sentencia definitiva, siempre que sean alegadas al expresar o contestar agravios.

Asimismo, en Primera Instancia pueden declararse las nulidades absolutas en el curso del juicio o al pronunciarse la sentencia definitiva.

Refiriéndonos ahora a la Segunda Instancia además de las nulidades relativas ya mencionadas, se pueden declarar otras al momento de pronunciar sentencia definitiva y tales nulidades

son las que fueron desestimadas en Primera Instancia y no han quedado cubiertas y las cometidas en Segunda Instancia que sean reclamadas al momento de pronunciar sentencia. Conforme lo dispuesto en el Art. 1095 Pr. cuando se encuentra un vicio penado con nulidad, no subsanado deberá declararse nula la sentencia apelada, la diligencia que tenga tal vicio y las que sean su consecuencia inmediata.

Es de hacer constar que cuando se alega una nulidad en los casos señalados conviene hacer uso oportuno del recurso de revocatoria.

Finalmente las nulidades por quebrantamiento a formas esenciales del juicio son declaradas mediante el Recurso de Casación, pero entendiéndose que se refiere a la sentencia por errores in procedendo.

D) CONSECUENCIAS DE LA DECLARACION DE LAS NULIDADES

Los efectos de la declaratoria de las nulidades está sujeta a principios similares a los del Derecho Civil, pero que en el Derecho Procesal tienen particularidades, derivadas de la naturaleza propia de la relación jurídico procesal.

Dichos principios son los siguientes:

a) Se produce la ineficacia del acto o procedimiento nulo y como consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios cul-

pables en ejecutarlos, cuando no fuere posible la reposición de los trámites anulados.

b) En cuanto a los actos procesales anulados, debido al efecto que se ha denominado "comunicabilidad del efecto anulatorio", se produce también la nulidad de los actos consecuentes o sucesivos, siempre que sean derivados o dependientes del acto nulo. No se anulan por tanto, los actos anteriores, ni los independientes.

c) En las nulidades de procedimiento si se declara nula una etapa procesal, se declaran asimismo las posteriores. Por ejemplo, si se declara nulo el emplazamiento, se deberán declarar nulas las diligencias posteriores, inclusive la sentencia si ya fue pronunciada.

d) Son válidos los actos y etapas procesales anteriores al acto o procedimiento que se anula.

e) Cuando se declara una nulidad de forma, por un Tribunal Superior se deberán devolver los autos al inferior, teniendo por no hecho todo lo actuado, colocando el juicio en el momento en que se produjo la nulidad y dicha devolución que se denomina "reenvío", es para que el inferior proceda nuevamente conforme a derecho.

f) Cuando se declara una nulidad y se pronuncia sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede volverse a discutir algún motivo de nulidad nuevamente para atacar la sentencia. Existensin embargo opiniones en el sentido de que aún en el caso de la cosa juzgada debería de permitirse la anulación de un proceso fraudulento, a petición de los directamente afectados, sin perjudicar a terceros de buena fe, ni anular los actos y contratos ya celebrados.

Existen sistemas legislativos que han establecido el derecho de ejercer la acción de nulidad para invalidar actos procesales de los señalados y que forman parte de un juicio con sentencia ejecutoriada. Respecto a esa acción consideramos que es una medida beneficiosa para poder obtener la reparación de una injusticia, pero creemos que en nuestro país constituiría una vía para volver aún más interminables los juicios.

E) SUBSANACION Y EXTINCION DE LAS NULIDADES

La subsanación es una forma de extinguir una nulidad; por consiguiente, existen otras formas por las cuales el vicio desaparece o ya no existe fundamento para alegar su ineptitud y aquel acto viciado al que faltaba uno de los elementos para su validez se vuelve apto y eficaz.

Las formas de extinción de las nulidades a que hacemos alusión son las siguientes:

a) La preclusión del plazo para pedirla. Es decir, la ley según las diversas situaciones señala un término dentro del cual podrá impugnarse la validez de los actos y si eso no se hace, al ocurrir otra etapa procesal se pierde la oportunidad de tal reclamo.

b) Por Ratificación o Subsanación que puede ser expresa o tácita.

c) Por realizarse un acto sustituto en el proceso; es decir, cuando se ejecuta un acto irregular que produce iguales efectos que el previsto en la ley; o sea que no causa perjuicios al derecho de defensa de la otra parte.

d) Por haberse pronunciado en el juicio sentencia pasada en autoridad de cosa Juzgada y no haberse declarado la nulidad que existía; o sea el efecto señalado anteriormente: si existiendo una nulidad que anula inclusive el procedimiento no fue apreciada por cualquier causa, al quedar ejecutada la sentencia desaparece la misma, no puede alegarse más.

Acercas de la subsanación de las nulidades ya explicamos sus características principales, cuando expusimos el principio

de convalidación; también en el desarrollo de los motivos de nulidad tiene la característica de la subsanación, expresa o tácita.

La subsanación es un medio permitido por la ley para validar los actos nulos, pero no puede operar en todos los casos; así tenemos que para aquellos actos viciados que se refieren a la constitución del Tribunal, a la intervención, asistencia y representación necesaria de menores e incapaces no puede ser declarada subsanable una nulidad.

La posibilidad de subsanación de las nulidades entonces, está determinada por la clase de formalidad establecida; de tal manera que cuando no existe posibilidad de subsanación se trata de formas establecidas por motivos de orden público y cuando hay subsanación se dice que la forma está contenida en leyes dispositivas. Por tal característica es que algunos explican la subsanación, por la teoría del negocio jurídico procesal; se dice que la subsanación es una declaración de voluntad, expresa o tácita, que es permitida en el juicio por la ley y que por tal circunstancia, o sea voluntad de la parte y los alcances que fija la ley, ese acto es un negocio jurídico procesal.

En cuanto a la subsanación de las nulidades en nuestra legislación podemos resumir así: existe subsanación en las absolutas ratificables, por no alegarse estas al recibir un traslado

o por hacer uso de un derecho sin alegarla o por manifestar tener conocimiento de la diligencia nula. En las nulidades relativas la subsanación se produce expresamente mediante el procedimiento de ratificación y también se subsanan por no reclamarse después de recibir un traslado.

F) DIFERENCIAS ENTRE LA REGULACION SOBRE NULIDADES EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTE Y EL PROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL.

Recientemente se ha nombrado una Comisión encargada de elaborar un nuevo Proyecto de Código Procesal Civil, con lo cual se entiende que ha sido desechado el proyecto del mismo Código publicado en 1964 por el Ministerio de Justicia. Como aún no ha sido dado a conocer ni en parte el trabajo encomendado a la Comisión aludida, solamente nos referimos al mencionado proyecto de 1964.

De la lectura relativa al Capítulo de dicho Proyecto que equivale al de la Nulidad en el Código actual, se advierte que la materia de Nulidad es regulada en forma similar, usando el mismo sistema de clasificación, los mismos medios de reclamo, forma de declararse las nulidades y de ratificarse. Por consiguiente, no encontramos diferencias fundamentales entre el Código vigente y el proyecto referido, ya que en esta última no existe ninguna disposición en la que se haya adoptado alguna teoría diferente en

cuanto a regular las nulidades, especialmente en lo que se refiere a dar mayores facultades al Juez para evitar que se produzcan las nulidades, permitiéndole mantener la validez de los actos cuando aún adoleciendo de defectos, logren el fin para el cual están destinados.

En resumen, podemos concretar que la diferencia entre el proyecto y el Código solo consiste en haber clasificado ordenadamente las causales de nulidad, en hacer más comprensibles las oportunidades en que puedan suscitarse incidentes de nulidad y finalmente en que el proyecto citado en su Art. 347 concede recursos de apelación cuando es declarada una nulidad en Primera Instancia.

C O N C L U S I O N E S G E N E R A L E S

Como resultado del presente trabajo y de acuerdo a las críticas que hemos sostenido respecto a la legislación vigente en materia de nulidades, pueden obtenerse las siguientes conclusiones generales que, de acuerdo a nuestro criterio, son los puntos sobre los cuales exige cambios nuestro Código.

Es preciso reducir la obligatoriedad en el uso de las formas procesales, limitándolas a aquellas estrictamente necesarias; es decir, deben eliminarse las fórmulas que solo ocasionan lentitud en los procedimientos.

Debe concederse mayores facultades de dirección al Juez en el proceso en relación a las formas de los actos procesales que le permita tener cierta libertad para el uso de dichas fórmulas, siempre que se deje a salvo el derecho de defensa de las partes y que tengan por fin agilizar el procedimiento.

Se deben limitar o restringir las causas de nulidad procesal a faltas cometidas contra los presupuestos procesales o reglas fundamentales del procedimiento y consignar claramente que se tendrá por no cometida la nulidad o sea sancada, cuando se han conseguido los fines que tenía asignado el acto previsto en la ley; pudiendo agregarse que tal declaratoria también será

improcedente cuando la misma carece de finalidad práctica.

Además de limitar o restringir los casos de nulidades procesales, como se ha dicho antes, a aquellos que violen la garantía constitucional del debido proceso y de los derechos de defensa debe también precisarse y limitarse los efectos de la declaratoria de nulidad de los actos a los que realmente resulten afectados por el vicio, sin extenderlos a los demás innecesariamente que aunque sean sucesivos o posteriores son independientes del acto nulo.

Debe establecerse en la ley la obligación de que las partes aleguen de una sola vez los motivos de nulidad, cuando tengan oportunidad procesal de enterarse de los vicios, y en caso de no hacerlo que se tengan por ratificadas las nulidades, salvo las que no pueden ratificarse. En igual forma debe negarse la apertura de otros incidentes por motivos que no se alegaron oportunamente.

Es conveniente y recomendable para lograr los propósitos a que nos referimos en estas conclusiones, darle facultades al Juez o Tribunal para que pueda, de oficio, prevenir y sanear los vicios procesales que se produzcan.

Así como deben restringirse los motivos de nulidad, deben establecerse facultades para que el Juez, cuando note que se ha omitido un elemento sustancial del proceso, pueda declarar

la nulidad aunque ésta no se encuentre prevista en la ley para evitar infracción a derechos fundamentales de las partes.

No es preciso hacer un catálogo de causas de nulidad o establecer limitadamente la clase a que una nulidad corresponde, ya que la nominación debe incluirse en cada caso que la ley prevea la nulidad.

Es recomendable establecer disposiciones legales que impidan la comisión de actos procesales fraudulentos, mediante dolo, fraude o colusión, aún cuando se realicen dichos actos bajo la apariencia del cumplimiento de las formas legales establecidas.

Debe omitirse las audiencias a las partes cuando el Juez o Cámara note que se ha cometido alguna nulidad que no es ratificable, limitando esa audiencia sólo a aquellas nulidades que si puedan subsanarse.

J U R I S P R U D E N C I A

ART. 1116 Pr. Puede conocerse de la nulidad producida por incompetencia de jurisdicción, aunque el Juez haya desestimado la excepción y su fallo haya pasado en autoridad de cosa juzgada, si consta que no hubo confirmación de dicho fallo y que fue declarada sin lugar la apelación. El que tiene dos domicilios puede ser demandado en cualquiera de ellos. R. J. En lo. de 1901. Pg. 2 Art. 37 Pr.

No. es nula la sentencia si en el juicio se dio intervención a un curador que tenía causal de incapacidad, pues ésta no pone término ipso facto a la guarda sino que debe proceder juicio sobre la incapacidad. Tampoco hay nulidad por incompetencia si se hace consistir en la manera de tramitar el litigio y no en la falta de potestad para conocer. R. J. May. de 1907. Pg. 170. Arts. 508-509 C y 343-1116 Pr.

ART. 1117 Pr. TERCERA INSTANCIA. Es condición esencial para tener derecho a la servidumbre de tránsito que el predio esté destituido de comunicación. Si el demandado manifiesta que no se opone a dar camino, pero que debe convenirse en el lugar y precio de la faja de terreno que se ocupe, no confiesa, puesto que no afirma que exista aquella condición esencial; más bien hace una proposición. Si no se vierte más pruebas, procede absolver al demandado. La falta de apertura a prueba produce nulidad; pero no puede declararse de oficio menos aún cuando la parte perjudicada ha pedido el fallo sin más trámites y en vista de la contestación de la demanda. R. J. Feb. 1909 Pág. 54 Arts. 849 C 1117-1181 Pr.

SEGUNDA INSTANCIA. - Juicio de mero derecho es aquel en que sólo se trata de la aplicación de la Ley por estar probados los hechos de modo indubitable. Cuando faltan las probanzas necesarias para fallar, v. gr. o cuando disputándose la calidad de herederos no se prueba la defunción del de cujus debe abrirse el juicio a pruebas so pena de nulidad. R. J. Dic. de 1908. Pág. 557. Arts. 1117-514-242-476-977 Pr.

TERCERA INSTANCIA. - El juicio de dominio en que el demandado niega en absoluto los conceptos de la demanda, no es de mero derecho, aunque se hayan presentado los documentos de una y otra parte - pues al negar la acción en todas sus partes, niega tener la posesión actual. Si se resuelve el asunto como de mero derecho hay nulidad - por falta de recepción a pruebas, si la actuación no ha sido ratificada. R. J. diciembre de 1912. Pág. 544 Arts. 514-1117-1121-1125-1127 - Pr. 891 C.

ART. 1118 Pr. SEGUNDA INSTANCIA. - Es nula la resolución dada sin audiencia de parte legítima, si la ley la exige, como cuando se pide un desembargo. Si esa nulidad no ha sido subsanada y se alega, debe declararse. Si se ordena una audiencia para después de practicada cierta diligencia y ésta no se practica, el término de la audiencia no ha corrido. R. J. Abril 1909 Pg. 172. Arts. 1118 Pr. 713 C.

ART. 1124 Pr. TERCERA INSTANCIA. El deslinde necesario - tiene por objeto fijar la línea divisoria entre dos predios colindantes. El dictámen del perito nombrado por las partes debe prevalecer estando con la claridad necesaria. Una nulidad de procedimiento queda

subsana da por la ratificaci3n de las partes; aunque el demandado haya vendido el inmueble litigado, no se necesita nueva ratificaci3n. R. J. Marzo 1911 Pag. 103 Arts. 564-566 y 1124 Pr.

TERCERA INSTANCIA. Anotada la demanda en que se pide el beneficio de separaci3n son nulas las enajenaciones posteriores; y no vale alegar que se hicieron para el pago de lo que se debe, si antes no se habfa cancelado la anotaci3n p or mandato judicial. Si la acci3n se ha dirigido contra el actual poseedor procede la restituci3n. La nulidad que alega un demandado consistente en que se le dio traslado conjuntamente con otra persona, no existe, porque no le perjudica, constando por otra parte que se le admitieron todas sus peticiones. Si una nulidad no se alega al devolver un traslado queda ratificado lo actuado. R. J. Feb. de 1913. P3g. 786 Arts. 1264 - 1258--1259 C.

TERCERA INSTANCIA. Si el Juez declara rebelde al demandado, cuando ya se habfa apersonado un procurador, procede ilegalmente. - Aun en los casos en que la rebeldfa se declara con arreglo a la ley sus efectos cesan al presentarse el apoderado del rebelde. Si en este caso se reciben declaraciones sin citaci3n debida, son nulas; pero no habiéndose reclamado en Segunda Instancia contra la rebeldfa declarada indebidamente ni contra las declaraciones, las nulidades quedaron cubiertas, no pudiendo alegarse en 3a. Ins. R. J. - Julio de 1923 P3g. 293. Arts. 533-1128-218-306 Pr.

TERCERA INSTANCIA. Cuando en unas diligencias de aceptaci3n de herencia se niega la calidad de heredero al aceptante, por otro que

se pretende serlo, debe nombrarse un curador que represente la herencia, mientras se resuelve la disputa en juicio ordinario. El fallo del Juez pronunciado sin previo juicio es nulo por falta de traslado, emplazamiento, término de prueba, etc. La intervención de las partes no subsana la nulidad porque no puede decirse que han intervenido en el juicio, que éste no ha existido. R. J. - Agosto 10. de 1903. Pág. 153 Arts. 1168 C. 1130 Pr.

B I B L I O G R A F I A C O N S U L T A D A

- "LAS NULIDADES EN EL PROCESO CIVIL"**. Hugo Alsina. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA). Colección Breviarios. Buenos Aires. 1958.
- "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL"**, Eduardo B. Carlos. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1959.
- "FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL"**. Eduardo J. Couture. Ediciones DEPALMA. 3a. Ed. Buenos Aires 1954.
- "COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL"**. Hernando Devís Echandía. Parte General. Editorial TEMIS. Bogotá. 1963.
- "TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL"**. Hernando Devís Echandía. Volumen III-Editorial GEMIS. Bogotá. 1961.
- "TRATADO TEORICO PRACTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL"**. - Hugo Alsina. 2a. Edición. Volúmenes I, III y V, Ediar Editores. Buenos Aires. 1965.
- "DE LAS DISPOSICIONES COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO"**. Carlos Alberto Stoeckel M. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1957.
- "COMENTARIOS A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL"**. Jaime Guasp. Aguilar Editores. Madrid, 1948.
- "TEORIA GENERAL DEL PROCESO CIVIL"**. Hugo Rocco, Editorial Porrúa. México, 1959.
- "DERECHO PROCESAL CIVIL"**. José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina.- Edit. Porrúa, México, 1961. 5a. Edición.-
- "MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL"**. Rafael de Pina. Editorial REUS, S.A. Madrid, 1936. 1a. Edición.-
- "TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL"**. Hugo Rocco- Vol. II, Parte General. Editoriales TEMIS. Bogotá, 1970.
- "DE LAS NULIDADES EN EL PROCESO CIVIL BRASILEÑO"**, de Pedro Batista Martins, en Revista de Derecho Procesal. Argentina, 1944. Tomo I, -- Primera Parte. Págs. 381 a 397.
- "LAS GRANDES LINEAS DE LA TEORIA DE LAS NULIDADES PROCESALES EN EL PROYECTO DEL PROFESOR COUTURE"**, de Adolfo Gelsi Bidar, en Revista de Derecho Procesal. Tomo I. Primera Parte. Págs. 99 a 111, Argentina, - 1948.

-**"NULIDADES PROCESALES"**. Eduardo B. Carlos. Enciclopedia Jurídica **OMEBA**, Tomo XX. Editorial Bibliográfica. Argentina 1964. Bibliográfica-**OMEBA**. Págs. 538-548.

-**"PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL"**. René Padilla y Velasco. Tesis Doctoral. Edición mimeografiada. San Salvador, 1962.

-**"NULIDAD DE SENTENCIA POR DEFECTOS DE FORMA"**. Adolfo E. Parri, en **Revista de Derecho Procesal**, Primera Parte, págs. 18-77, Buenos Aires, - 1944.

-**"DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL"**. Eduardo Pallarés. Tercera - Edición, Editorial Porrúa. México, 1959.

-**"APUNTES DE DERECHO PROCESAL CIVIL"**. Francisco Arrieta Gallegos. s/e San Salvador, 1969.

-**"INDICE DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL SALVADOREÑA"**. Dr. Angel Góchez -- Castro.-

-**"LA NULIDAD EN EL PROCESO CIVIL"**. Ricardo Rodríguez A., En Anuario -- de Derecho, Organo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Panamá. Año VI-1963/65, No. 6. Impresora Panamá, S.A.

-**"NULIDAD Y SUBSANACION 'EX OFFICIO' EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL"**. Marquez Caballero. En **Revista de Derecho Procesal**. p. 16.- 1945.

-**"EL PROBLEMA DE LA LENTITUD DE LOS PROCESOS Y SU SOLUCION"**. Hernando Devís Echandía, en **Revista Carta Forense**, Tomo II, No.6, Imprenta Nacional, San Salvador, 1974.

-**"PROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL"**. Ministerio de Justicia. Edición Mímeografiada, San Salvador, 1964.

-**"CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR"**, - con reformas decretadas desde 1890 hasta 1903, arreglada por Rafael - H. Palacios. Imprenta La República, San Salvador, 1904.-

-**"CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR"**, - con reformas hasta 1916. Tipografía La Unión, San Salv. 1916.-