

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

BIBLIOTECA



PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DEL FONDO BIBLIOGRÁFICO DE LA BIBLIOTECA DE DERECHO

GESTION 2017

Nota importante para el usuario:

“Todo tipo de reproducción del presente documento siempre hacer mención de la fuente del autor y del repositorio digital para evitar cuestiones legales sobre el delito de plagio y/o piratería”.

La dirección de la Biblioteca



**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**



ACREDITADA POR RES. C.E.U.B. 1126/02

MONOGRAFIA

TRABAJO DIRIGIDO

(PARA OBTENER EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO)

**“Análisis jurídico-doctrinal sobre las
Nulidades virtuales en el actual
Código de Procedimiento Civil”**

INSTITUCION: CONSEJO DE LA JUDICATURA

POSTULANTE: HEBER EDGAR ARAMAYO CHOQUE

**LA PAZ – BOLIVIA
2011**

Dedicatoria
A mi amada madre y familia por su apoyo
a mi Facultad y Universidad
a mis amigos...

AGRADECIMIENTOS

A DIOS POR DARMÉ LA OPORTUNIDAD,

**AL DR. J. RAMOS CUYA GUÍA Y APOYO HICIERON
TODO ESTO POSIBLE,**

**A TODA MI FAMILIA; SU PACIENCIA, Y CON MUCHO
AMOR A MI MADRE QUE ME GUIO
Y ME ACOMPAÑO.**

PROLOGO

Creo que la siguiente monografía llega con cierta profundidad al tema del problema de las nulidades virtuales.

Haciendo énfasis en distinguir lo que es una nulidad virtual y una nulidad expresa y como se puede identificar las nulidades virtuales en el Código de Procedimiento Civil.

El presente trabajo tratara de realizar una presentación sistemática de los principios que informan en doctrina la teoría de la nulidad virtual de los actos Jurídicos procesales.

El tema de las nulidades es complejo en cualquier dimensión de análisis en el terreno doctrinario, por ejemplo se puede citar una serie de materias que aun suscitan encendido debate entre los tratadistas.

La nulidad virtual también ha sido llamada Nulidad de Negocios Inmorales o Nulidad Tacita que corresponde a la categoría de la nulidad de los actos jurídicos, que consiste en aquella causal que sin venir directamente declarada por el supuesto de hecho de la norma jurídica se deduce o infiere del contenido de un acto jurídico por contravenir el orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas.

En el Código Civil contempla las causales de nulidad del acto Jurídico.

“Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”, que no es otra cosa que el supuesto de Nulidad Virtual, que para poder ser detectado es necesaria una interpretación integral del sistema jurídico, tanto en sus normas como en sus fundamentos.

Pero, ¿cuál es la utilidad de la existencia de la Nulidad Virtual y como detectarla?

Su utilidad e importancia estriba en un mecanismo de salvaguarda del principio de legalidad en el ámbito de la celebración de los actos jurídicos y contratos. Detectar una nulidad virtual requiere de un análisis cuidadoso para poder determinar si nos encontramos ante el supuesto, rechazando todos los actos que contravengan los límites establecidos en los principios que sustentan el sistema jurídico, las reglas de la convivencia social aceptadas por los miembros de la comunidad y las normas imperativas.

Así el matrimonio entre homosexuales, según ejemplifica la doctrina, aunque en otros países ya es permitido, resulta nulo, así como que una persona herede sus bienes a su mascota.

Haciendo una comparación de la Nulidad Virtual con la Nulidad Expresa, esta última está contemplada que sanciona con nulidad el acto jurídico que así ha sido declarado por la ley, haciendo referencia a los supuestos de nulidades textuales o expresas.

En consecuencia, todos los actos jurídicos que se celebran sin cumplir con los requisitos legales, serán nulos, sin necesidad de norma expresa que lo disponga, debiendo hacer un estudio minucioso para determinar si la conducta contraviene el orden público y las buenas costumbres, claro teniendo previamente una definición precisa de dichos institutos.

Espero que el presente trabajo pueda ser un texto guía, que facilite el estudio, la comprensión y la interpretación sobre las nulidades virtuales.

Heber Edgar Aramayo Choque

INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal civil, consiste en una rigurosa estructura de la cual se instituyen, a su vez, institutos de la más variada forma y función; esto ante la atingencia de las distintas necesidades satisfechas por la función jurisdiccional y lo dispuesto por la norma adjetiva civil.

Importa un mandato de paz social, de practicidad y eficacia.

Las medidas preparatorias guardan estrecha relación con los fines del proceso civil, al ser parte de la sistemática adjetiva civil.

De la valides y eficacia de los actos jurídicos, Chiovenda el acto procesal es aquella manifestación de voluntad destinada, a crear, constituir, modificar, transformar el proceso, se trata de una conducta, o más bien una actuación de los sujetos procesales pero esencialmente de las partes que se dan al interior del proceso.

Cuando se estudia los actos procesales, observa que el acto procesal tiene requisitos intrínsecos y requisitos extrínsecos hay también voluntad objeto y si uno quiere causa que formas la sustancias, porque el acto procesal es eso, declaración o conjunto de declaraciones, que se orientan que se dirigen a producir un efecto al igual que en materia sustantiva pero no en el derecho material sino en la relación jurídico procesal, cuando se estudia teoría procesal observa que a diferencia del derecho sustancial los actos procesales tienen que cumplir con el requisito esencial que es la forma, porque en los actos procesales su propia esencia por razones de seguridad jurídica, por certeza jurídica por razones de igualdad de las partes son actos formales, no

sacramentales sino formales que tiene que ver con la forma de la expresión de voluntades, con el lugar donde debe manifestarse esa declaración de voluntad con el tiempo que tiene que emitirse esa declaración de voluntad, de tal manera que solamente observando esa forma se organiza, de manera técnica el proceso porque de lo contrario sería un caos un desorden no habría ese desenvolvimiento ordenado coetáneo en relación con otro no habría la posibilidad de concatenar de estructurar porque las formas en el fondo lo que hace es ordenar el proceso, por eso es que en teoría procesal un capítulo esencial es el estudio de la actividad procesal un capítulo trascendental el tema de la validez del acto procesal, porque solo siendo válido va a ser eficaz y siendo solo válido y eficaz va a poder alcanzar el acto jurisdiccional que es la sentencia, cosa juzgada.

Como el acto procesal es solemne formal se forma por el legislador un complejo extremadamente diverso, de forma a la que están sometidos los actos procesales, y el legislador te enseña cómo tienen que ser esos actos procesales al extremo de decir que el legislador nos señala el camino porque nos dice como tenemos que manifestar nuestra voluntad en el proceso, nos indica el requisito la condición, requisito sin el cual el acto va a tener validez, la demanda la contestación, las excepciones, como prueba eso, la sentencia la apelación, la casación, el juez tiene que controlar esencialmente porque es el juez el director del proceso, pero también el abogado, nosotros aprendemos esencialmente la parte mecánica la parte externa, el que tramita regularmente causas, procurador titerillo no sabe que está realizando un acto procesal, el jurista si lo sabe, sabe el fundamento, el acto de la demanda, la

contestación, el acto de la citación, los actos de comunicación su función, su papel, su rol, su naturaleza, sus caracteres.

Algún profesor dice realmente las teorías las nulidades procesales uno solamente se lo dedica cuando uno estudia procesal civil, pero aquí deja de ser teórico y se convierte en práctica, porque se ha visto la demanda, los requisitos de la demanda, la contestación los requisitos de la contestación establecidos, que requisitos tiene que cumplir, en qué lugar tiene que presentar, como tiene que hacerlo, en el fondo el legislador le dice al juez como tiene que tramitar el proceso, esto muestra la tremenda relación que existe entre la validez del acto y su eficacia porque solamente si el acto es válido va a poder ser eficaz, va a poder producir los efectos propios para los cuales está destinado al interior del proceso y hacia el futuro porque si las partes y sobre todo el juez se aparta se separa se desvía de la forma establecida por el legislador en la teoría de la prueba se ha visto, la única verdad es la verdad prevista por la ley, pero tiene que ser de la forma prevista por la ley, bajo el camino previsto por el legislador no hay otra forma, cuando se ha estudiado teoría sustantiva se ha parafraseado al maestro italiano Francesco Messineo a la validez se opone asimétricamente la invalidez y la invalidez concuerda esencialmente aunque no únicamente a la nulidad, la nulidad implica la ineficacia o sea quitarle la fuerza productiva de los efectos, si la declaración de voluntad está dirigida a lograr efecto procesales no se producen esos efectos, esta tan trascendentes las formas en el conjuntos de los actos procesales que sin ellos no se da vida al acto, eso es lo que diferencia del acto procesal del acto procesal donde las formas son lo excepcional y la regla es que el acto no requiera

solemnidad todos los actos procesales están rodeados de forma, el tema de la necesidad de las formas de los actos procesales, donde se justifica desde el punto de vista filosófico porque el acto jurídico procesal requiere forma requisito funciones, lugares, tiempo, momentos y esto no es otra cosa que demostrando que el proceso es una organización sino se cumplen con esas formas no se cumple con el órgano y si no se cumple con el órgano se viola la certeza jurídica, no puede haber proceso valido donde hay falta de certeza, no puede haber proceso eficaz trascendente como manifestación del estado donde se han violado las formas, porque en eso se estaría violando la seguridad jurídica que es uno de los principios del derecho, se estuviera violando el principio de igualdad, hay un plano de igualdad de oportunidades, de posibilidades de facultades, de deberes de cargas, como dice algún autor no sin cierta razón que es tan importante las nulidades procesales que algunas veces la invalidez, la ineficacia, la intrascendencia del acto afecta al acto en sí, pero otras veces no solo afecta al acto en si sino a todos los actos posteriores consecuentes dependiente de ese acto, por eso en nuestra practica se habla de nulidades del vicio más antiguo, quiere decir retroceder hacia atrás.

En el recurso de casación el tribunal supremo los jueces de instancia, el juez de primera y de segunda instancia peor cuando la ley de organización judicial anterior y la nueva establece que los jueces superiores están obligados a controlar si los jueces inferiores han observado si los actos procesales y el desenvolvimiento de cada uno de ellos se ha desenvuelto conforme al camino, al iter procesal previsto en la ley procesal o de lo contrario están obligados a anular, todo esto

nos muestra que el problema es grave que el procesalismo está en gran nivel esta mas dedicado a ver si se han cumplido las formas para garantizar certeza, seguridad y muchas veces entrar a debatir el fondo del problema, hoy en día los abogados más renombrados son aquellos que tienen las aptitudes de plantear nulidades procesales, al extremo que se ha hecho un juicio de valor de decir que los mejores abogados son aquellos que saben plantear incidentes de nulidad, pero no solo en el recurso de casación sino también en el recurso de revisión de sentencia porque ahí también hay problemas de nulidad, de invalidez de ineficacia, cuando se ha entrado al tema de los recursos, no hay que confundir jamás dentro de los remedios procesales la impugnación con la invalidez aunque son hermanas, porque la notoria injusticia y la invalidez en el fondo están orientadas a evitar los efectos de una actividad, de una conducta de un comportamiento, desplegados por los sujetos procesales como se puede ver tiene una importancia extraordinaria en el estudio de las nulidades procesales, es verdad no corresponde su estudio y análisis en el derecho procesal civil porque en derecho procesal civil ya se entra sobre esa base.

ÍNDICE

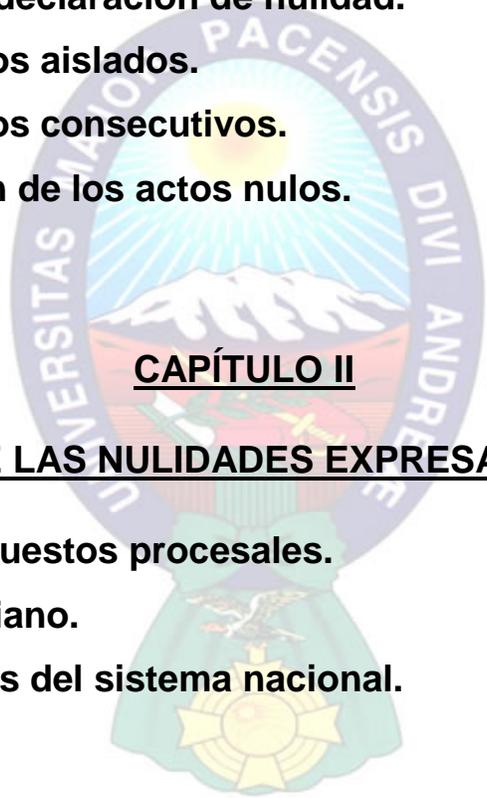
DISEÑO DE INVESTIGACIÓN MONOGRÁFICA

	pág.
1. ENUNCIACIÓN DEL TEMA DE MONOGRAFÍA.....	1
2. FUNDAMENTACIÓN.....	1
3. DELIMITACIÓN DE LA MONOGRAFÍA.....	2
3.1. Delimitación temática.....	2
3.2. Delimitación espacial.....	2
3.3. Delimitación temporal.....	3
4. MARCO DE REFERENCIA.....	3
4.1. Marco teórico.....	3
4.2. Marco histórico.....	5
4.3. Marco Conceptual.....	7
4.4. Marco jurídico.....	9
5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	9
6. DEFINICIÓN DE LOS OBJETIVOS.....	9
6.1. Objetivo General.....	9
6.2. Objetivo específicos.....	9
7. ESTRATEGIA METODOLÓGICA Y TEC. DE INVESTIGACIÓN.....	10
7.1. Generales.....	10
7.2. Específicos.....	11
8. TÉCNICAS.....	12

CAPÍTULO I

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NULIDADES.

1. Teoría general de las nulidades.
2. Teoría tripartita.
3. Concepto de nulidad procesal.
4. Sistemas de nulidad procesal.
5. Efectos de la declaración de nulidad.
6. Sobre los actos aislados.
7. Sobre los actos consecutivos.
8. Convalidación de los actos nulos.

The logo of the Universidad Mayor de San Andrés is a circular emblem. It features a central sun with rays, a mountain range, and a banner at the bottom. The text 'UNIVERSITAS MAIOR PACENSIS DIVI ANDREAE' is written around the perimeter of the circle.

CAPÍTULO II

DE LAS NULIDADES EXPRESAS.

1. De los presupuestos procesales.
2. Sistema boliviano.
3. Características del sistema nacional.

CAPÍTULO III

DE LAS NULIDADES VIRTUALES.

1. Concepto de nulidad virtual.
2. Teoría general de las nulidades virtuales.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

9. Creación de un artículo especial para la identificación de nulidades virtuales.....	72
10. CONCLUSIONES.....	73
11. RECOMENDACIONES.....	74
12. BIBLIOGRAFÍA.....	75



Diseño de la investigación monográfica



DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN MONOGRÁFICA

1. ENUNCIACIÓN DEL TEMA DE MONOGRAFÍA:

“Análisis jurídico-doctrinal sobre las Nulidades virtuales en el actual Código de Procedimiento Civil”

2. FUNDAMENTACIÓN O JUSTIFICACIÓN:

El presente trabajo viene a sumergirse dentro los muchos trabajos elaborados en la construcción de la “Teoría de las nulidades”; éstas llegan a tal trascendencia dada su repercusión sobre la vigencia y eficacia del acto o negocio jurídico en el que se encuentran, de tal forma que pueden (al ser declarada mediante el órgano jurisdiccional) privarlos de sus efectos jurídicos típicos. Identificamos a las nulidades dentro de un sistema de numerus clausus, o enumeración taxativa, por ser la máxima sanción aplicable a un acto jurídico; sin embargo muchas legislaciones consagran cierta libertad al juez para determinar ésta figura jurídica en protección y resguardo del orden público.

Considerada como esencial por el legislador por entenderla, en su naturaleza jurídica, como un mecanismo de control, en beneficio del orden público y la seguridad jurídica; por tal razón solo procede en caso de violarse éstos términos. Así pues, la carencia de un requisito esencial como la causa típica (mejor entendida como la función socio-económica¹) atañe a la valoración social expresada

¹ BETTI Emilio; “Teoría General del Negocio Jurídico”. Edit. “Comares” Granada 2000, pp. 185.

mediante la sanción otorgada por el ordenamiento jurídico a un hecho objetivo.

En tal virtud, las nulidades virtuales son entendidas y aplicadas en desmedro su consideración taxativa; siendo suficiente que un determinado acto o negocio irrumpen contra el orden público, dando libertad al juez para aplicar tal extremo mediante los actos jurisdiccionales.

Y siendo el “orden público” un concepto aún muy discutido, llega a ser fundamental preguntarse si tal instituto tiene una trascendencia positiva o negativa en nuestro sistema jurídico nacional.

3. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE MONOGRAFÍA:

3.1. Delimitación temática: La temática se desarrollará dentro el área del Derecho Procesal, y, en específico del Derecho Procesal Civil; en razón de que las nulidades virtuales son parte complementaria al instituto de nulidades establecidas en la normativa adjetiva civil.

3.2. Delimitación espacial: La presente investigación monográfica se realizará en la ciudad de Nuestra Señora de La Paz, no obstante la disposición legal estudiada goza de aplicación nacional.

3.3. Delimitación temporal: Comprende el tiempo de vigencia de nuestro actual Código de procedimiento Civil, desde la fecha

de su promulgación (6 de agosto de 1975) hasta la actual coyuntura y eficacia de esta norma.

4. MARCO DE REFERENCIA:

4.1. MARCO TEÓRICO: Dentro de la teoría general desarrollada en el Derecho Procesal Civil observamos:

- **La Escuela Científica Alemana:** que comienza con una obra escrita por Bernard Windscheid en 1856 intitulada: "La Acción del Derecho Romano en el Derecho Civil Actual" que dio lugar a una contestación en 1857 por parte de Teodor Muther en su obra: "La Litis Contestatio en el Derecho Romano"; esta obra dio lugar que el mismo año 1857 aparezca Bernard Windscheid respondiendo a Teodor Muther. Todos estos debates incluyen estudios sobre la naturaleza y características de las distintas medidas preparatorias. Sin embargo, el Derecho Procesal Civil surge. al momento que Bernard Windscheid analiza la acción romana, su rol, su papel en el derecho moderno; hasta ese entonces la acción estaba subsumida dentro del derecho y no se separaba del mismo, hasta ese entonces la acción no tenía autonomía ni vida propia, porque acción y derecho eran lo mismo basado en un criterio que decía: "si tengo acción tengo derecho", el derecho era el ejercicio de la acción siempre bajo la enseñanza del Derecho Civil², subsecuentemente todo

²VILLAROEL José Cesar; "Derecho Procesal Orgánico". UMSA. La Paz Bolivia 2008, pp. 680.

debería ser explicado dentro de las figuras civiles, al extremo que el proceso se consideraba un contrato o un cuasicontrato aplicando las fuentes del derecho de las obligaciones.

- **La escuela sistemática italiana:** Dicen los especialistas que el movimiento científico alemán se extendió rápidamente en toda Europa pero fundamentalmente en Italia. En Italia surge la Escuela Sistemática del Derecho Procesal Civil o llamada también Escuela Procesal Civil Italiana más famosa que la Escuela Alemana y se atribuye la fundación al célebre maestro Giuseppe Chiovenda³ a comienzos del siglo XX 1901, 1903, porque la nueva escuela del derecho procesal deja de tener un carácter privado para tener un carácter público, ya no se mira el proceso como una relación contractual o cuasi contractual dentro de los moldes del derecho civil, se ve más bien como un instituto de derecho público, se da un nuevo rol al Estado.

En Italia a comienzos del siglo XX ocurría lo que en todos los países, se aplicaba el método exegético (sistema práctico –técnico) los juristas italianos de ese entonces no se preocuparon por los conceptos, las abstracciones conceptuales, por los dogmas, por la teoría, por principios procesales, por estudios de

³VILLAROEL FERRER Carlos Jaime; “Derecho Procesal Orgánico”. Edit. “El original – San José”. La Paz – Bolivia 1996, pp. 478.

manera ordenada y sistémica del proceso y en específico de las nulidades. Los juristas italianos de ese entonces cuando enseñaban y escribían hacían lo que todo exegeta hace: leer el artículo, explicar su sentido y enseñarle al alumno cual era la técnica para arribar a la sentencia; dicen los estudiosos que en Italia hasta ese entonces primaba la obra de Luigi Mattiolo que se conoce con el nombre de "Tratado de Derecho Judicial Civil", Luigi Mattiolo era el representante de la escuela exegética de Italia de ese entonces.

4.2. MARCO HISTÓRICO:

- **Sistema romano.** El sistema más antiguo según la doctrina es el sistema romano, lo que algunos llaman el antiguo derecho romano vigente en la ley de las XII tablas vigente en el derecho pretoriano u honorario según el cual todo hecho que contravenga la ley es nulo. Ese principio de que cuando se desarrolla una actividad que va contra la ley expresamente contra la ley pues debe ser declarado nulo. Esta forma de aplicación de las nulidades procesales del antiguo derecho romano se plasmo en lo que ustedes conocen con el nombre de código gregoriano que viene de una época ya evolucionada en su art.408 establecía que cuando una actividad se desenvuelve y no cumple con lo que establece la ley en consecuencia tiene que declararse

nulo (yo creo que en nuestro país se aplica esto la mentalidad del abogado fue constituida en este sistema, hemos visto cuando hay alguna actividad que la ley no establece ya estamos hablando de nulidad cuando ese sistema ha sido superado hace miles de años. Porque eso encuadraría perfectamente al concepto que nos ha dado este sistema. La nulidad no es más que toda desviación del acto o procedimiento que no se encuadra a la ley⁴. Una segunda variante de este sistema le corresponde a la época de Justiniano donde viendo que eso era un verdadero error porque bastaba que no se cumpla alguna formalidad, solemnidad para que el acto o el juicio sean declarados nulos. Y los juristas romanos de la época de Justiniano establecieron que la nulidad solamente va ser declarada cuando se viola una ley de carácter prohibitivo, cuando hay una norma de carácter prohibitivo y se hace un acto en contra lo que diga la ley entonces ese acto era nulo.

- **Sistema boliviano.** Con el código de procedimiento civil de 1830 no hay duda que estamos bajo la influencia de la ley procesal francesa de la cual emerge la ordenanza procesal de 1667 que se plasma generalmente en el código de procedimiento civil francés de 1806. El problema es cuál es la realidad actual. Para ver la realidad actual no hay más que releer el art. 251, podemos señalar otros artículos como el

⁴CARNELUTTI Fransesco; "Instituciones del Proceso Civil". Edit. "Europa – América". Buenos aires – Argentina 1956, pp. 557.

121 p.3ro, relativo a los actos de comunicación, que establece: “Si la citación por cédula se hubiere hecho en el domicilio indicado por el demandante y tal domicilio resultare ser falso, la diligencia será nula”. Ó sea, hay una nulidad expresa. Esto nos lleva a ver si en el sistema Boliviano solo seguimos las llamadas nulidades expresas y no a las nulidades virtuales a las cuales nos referimos anteriormente. Si uno analiza a letra fría, da la impresión (de la lectura del 251) que sólo se conocen en nuestra legislación las nulidades expresas y no así las nulidades virtuales. Contra ese criterio pudiera surgir la lectura de otro artículo, si así fuera, porque la regla del art. 90 nos dice que las normas procesales en su forma son de orden público.

4.3. MARCO CONCEPTUAL:

- **Nulidad:** La nulidad es un vicio, defecto o anomalía que hace inválido un acto o procedimiento en aquellos casos expresamente previstos por la ley. O cuando el acto jurídico no ha cumplido con los requisitos formales (elevado a la categoría de esenciales) para su validez.
- **Presupuestos:** Son aquellos antecedentes, anteriores al acto, y en el acto procesal son estos primero la existencia de una persona que actúa, o una cosa sobre la cual se actúa, respecto a la persona hay que analizar

la capacidad, y la legitimación, y sobre la cosa sobre la cual se actúa se debe analizar la idoneidad del objeto.

- **Elementos:** Son aquellas cualidades que deben existir en el momento del acto, en que se realice el acto, de tal forma de que adquiera publicidad, de tal manera que el acto sin estos elementos jamás será un acto jurídico⁵.
- **Vicio:** Defecto que anula o invalida un acto o contrato; bien en la forma o en el fondo.
- **Presupuesto de validez:** aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal.

4.4. MARCO JURÍDICO: Compuesto por normativa nacional, constitucional comparada y por normas positivas de Derecho procesal civil:

- Código de Procedimiento civil.

⁵COUTURE Eduardo J; "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Edit. "De Palma". Buenos Aires – Argentina 1955, pp. 503.

5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El desarrollo de la ciencia jurídico – procesal a determinado en gran magnitud la evolución del sistema jurídico en su conjunto, ejemplo de ello tenemos las distintas figuras e institutos jurídicos que importan mejoras contundentes en la resolución de conflictos a través de la vía jurisdiccional.

Las distintas categorías procesales son diseñadas con la finalidad de satisfacer las necesidades de la sociedad (individualizada en los sujetos procesales) de una justicia oportuna, rápida y coherente.

5.1. PROBLEMATIZACIÓN:

- ❖ ¿Por qué el ordenamiento jurídico vigente no preestablece de forma clara y específica la existencia de las llamadas nulidades virtuales?
- ❖ ¿Cuáles son los casos típicos o figuras que pueden considerarse como nulidades expresas?
- ❖ ¿Cuáles son los efectos derivados de aplicación o existencia de una nulidad virtual?

6. DEFINICIÓN DE LOS OBJETIVOS:

6.1. Objetivo General: Analizar la existencia y naturaleza de las llamadas nulidades virtuales dentro lo preestablecido en Código de Procedimiento Civil vigente.

6.2. Objetivos Específicos:

- **Estudiar:** La naturaleza jurídica de la nulidad en el marco de nuestra normativa nacional.
- **Identificar:** Los distintos tipos de nulidades consagrados por nuestro legislador.
- **Demostrar:** La existencia de nulidades virtuales en el actual Código de Procedimiento Civil.

7. ESTRATEGIA METODOLÓGICA Y TEC. DE INVESTIGACIÓN:

Los métodos son los caminos que elige el investigador para alcanzar y concretar sus objetivos, en este entendido, nosotros distinguimos:

7.1. GENERALES:

- **Método deductivo:** Recogiendo los frutos de las distintas corrientes doctrinales que establecen principios, aspectos y postulados de carácter universal. Dentro de las teorías del Derecho Internacional de Integración y los principios generales del Derecho.
- **Método Jurídico:** Abarca el análisis, interpretación y elaboración del Derecho en general, con énfasis en el

Derecho Positivo, útil al aplicar una lectura crítica y propositiva de documentos jurídicos.

7.2. ESPECÍFICOS:

- **Gramatical:** Manejando y buscando el significado de las palabras, tanto de forma particular como en su conjunto, este método basa su análisis e interpretaciones en lo dispuesto por escrito en los textos jurídicos.
- **Exegético:** Con este método el intérprete busca la intención del legislador al momento de redactar el documento jurídico, rescatando la voluntad del soberano expresado en la voluntad del legislador.
- **Teleológico:** al estudiar las diferentes constituciones, en especial la nuestra, descifraremos y pondremos especial recaudo en desentrañar los fines por los cuales fue creada la norma, de suerte que hallaremos las causas finales que motivaron al constituyente a redactar la norma en determinada manera.

7.3. TÉCNICAS:

7.3.1. LECTURA CRÍTICA: En relación a la diversidad de textos de contenido doctrinal, frente a los cuales tomaremos una postura crítica y propositiva, de esta forma garantizamos una verdadera comprensión de la lectura y una original productividad intelectual.

7.3.2. FICHAS BIBLIOGRÁFICAS: Idóneas al tiempo de recolectar y sistematizar la información obtenida de libros, revistas, artículos etc.





CAPÍTULO I

CAPÍTULO I

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NULIDADES

9. TEORÍA GENERAL DE LAS NULIDADES:

Cuando nosotros queremos realizar un acto o negocio jurídico valido tenemos que observar el cumplimiento de requisitos generales, especiales y si la ley exige además los especialísimos. La regla es que los negocios y los actos sean validos y perfectos y productor de efectos jurídicos.

En España se ha construido una realidad y hay que presumir que todo negocio todo acto o contrato nace valido y perfecto. Y como dice Mesineo la antítesis de la validez es la invalidez ya que un contrato será inválido cuando no cumpla los requisitos previstos por la ley.

La invalidez nos lleva a una serie de formas de institutos jurídicos a través de los cuales un acto o negocio jurídico puede quedar ineficaz para producir efectos jurídicos. Pero todas las maneras las formas para que un negocio jurídico quede sin efecto.

Las nulidades que son formas para dejar sin efecto e ineficacia un negocio acto jurídico, por lo tanto las nulidades son un instituto jurídico construido por el derecho que tiene el efecto de invalidar declarando la ineficacia de una acto o negocio jurídico, en base a esto se ha construido la teoría de las nulidades.

10. TEORÍA TRIPARTITA:

La escuela clásica de origen francés construyó la teoría tripartita de las nulidades. Hoy en día se ha sustituido en todas las legislaciones la teoría tripartita de las nulidades por la teoría bipartita de las nulidades.

Se llama teoría tripartita de las nulidades por que se conocía tres categorías de invalidez:

- Inexistencia
- Nulidad
- Anulabilidad

Hoy en día se conocen solo la nulidad y anulabilidad.

La teoría tripartita de las nulidades se construyó como una interpretación del cód. Civil francés de 1804 basada en el axioma que no hay más nulidades más que las expresamente previstas en el texto de la ley. Solo el legislador tenía la aptitud para decir cuando un acto, un negocio jurídico era nulo. Lo que contribuye a formar es que las partes no tienen la capacidad para crear causas de nulidad de un acto jurídico, algunos atribuyen la teoría de las nulidades al autor alemán Sacharías este autor construyó la idea de la teoría tripartita basada en la idea de que no hay más nulidades de las expresamente previstas. Y en materia de matrimonio el planteo la siguiente pregunta cuando un matrimonio se celebra entre dos personas del mismo sexo, una de las persona exprese su voluntad contraria y que sea celebrado por una persona común y corriente que no sea funcionario público competente la ley francesa plantea la nulidad. A partir de esta teoría se ha divulgado la teoría de los actos inexistentes, de la teoría tripartita de las

nulidades. Ya que un acto inexistente es la nada es un vacío jurídico es hecho pero no derecho, es algo insustancial, es la forma sin contenido por lo que no produce ningún efecto.

En cambio el acto es nulo comparándolo con el nacimiento, si el acto nacía vivo enfermo de muerte está sujeto de anulabilidad y si el acto naciere muerto está sujeto a nulidad. Entonces se planteo que el acto inexistente es la nada y el acto nulo muerto.

La teoría tripartita de las anulabilidades ha sido abandonada a partir del siglo XX ya que la concepción moderna se planteo la pregunta ¿qué importancia tiene esta distinción de la nulidad y la anulabilidad entre lo inexistente y lo nulo si los efectos son los mismos?⁶ Por lo que al derecho solo le interesan aquellos actos, eventos de la vida jurídica del hombre que han tenido relevancia, trascendencias jurídicas capaces de producir efectos jurídicos, la nada no tiene ningún interés. A partir de ese razonamiento todas las legislaciones modernas han abandonado la teoría tripartita de las nulidades en materia sustantiva y han optado teoría bipartita que solamente habla de nulidad y anulabilidad, aunque no todos los códigos. Nuestro cód. Maneja la nulidad y la anulabilidad, la otra pregunta es ¿qué es la nulidad? La nulidad es una sanción establecida por la ley, aplicada por el juez a todo acto, negocio, contrato que no cumple con los requisitos previstos por la ley o cuando viola normas de carácter interno quedando sin efecto

⁶CARNELUTTI Fransesco; "Instituciones del Proceso Civil". Edit. "europa – América". Buenos aires – Argentina 1956, pp. 557.

La nulidad tiene las siguientes características:

1. Es de orden público (quiere decir que la acción de nulidad ante los tribunales de justicia puede ser planteada por cualquier persona, ya que en la sanción de la nulidad está interesada la sociedad. Ej. en materia procesal el que tiene interés tiene acción. En algunas legislaciones dicen que la nulidad puede ser planteada por el juez)

Artículo 551.- (PERSONAS QUE PUEDEN DEMANDAR LA NULIDAD)

La acción de nulidad puede ser interpuesta por cualquier persona que tenga un interés legítimo.

2. Es insubsanable (cuando un acto está afectado de nulidad, el autor u los autores no lo puede subsanar, corregir ya que los vicios de la nulidad son insubsanables).

Artículo 553.- (INCONFIRMABILIDAD DEL CONTRATO NULO):

Salva disposición contraria de la Ley, el contrato nulo no puede ser confirmado. (no puede ser subsanado por que la nulidad afecta a la sociedad).⁷

3. Es imprescriptible (ya que la acción de nulidad de un contrato, negocio jurídico puede invocarse ante los tribunales de justicia en cualquier tiempo).

⁷Decreto Ley N° 12760; “Código de Procedimiento Civil”. Edit. U.P.S. La Paz – Bolivia 2009, pp. 230.

Artículo 552.- (IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD):

La acción de nulidad es imprescriptible (también como excepción).

11. CONCEPTO DE NULIDAD PROCESAL:

En materia procesal se habla de teoría bipartita teoría tripartita, la nulidad y anulabilidad no se trata de actos privados, porque el art 90 del CPC en el derecho público nada puede haber anulable sometido al interés meramente privado tiene que ver con el interés público problema de seguridad de certeza del derecho de igualdad vigencia de los principios procesales, las nulidades no son propia del derecho civil o del derecho procesal sino existen en todas las áreas, hay las nulidades en el derecho público nulidad de una ley nulidad de un decreto supremo es mas en el derecho constitucional existe el recurso directo de nulidad, en el derecho administrativo la teoría de las nulidades en los actos administrativos está ampliamente desarrollado, se encuentra las nulidades en el campo minero agrario tributario no hay campo en el derecho que no se hable de nulidades, en realidad el derecho nace, emerge de hecho y actos procesales y los actos es actuación en el campo del derecho público, en el campo del derecho privado, son actuaciones, los actos de ministros, cuando uno demanda la inconstitucionalidad de una ley ¿Qué está demandando? Porque se está queriendo decir que esa ley no se encuadra a la constitución viola el aspecto material de la constitución o ha violado un aspecto formal en su elaboración, las nulidades están en todos los lados, hay una nulidad de la ley pero también hay una nulidad de la sentencia, hay nulidad en un acto jurídico, la nulidad esta en el campo del derecho público

pero también está en el campo del derecho privado, es tan trascendente el tema de las nulidades que los científicos han creado una teoría de las nulidades⁸ aplicable a todas las áreas del derecho, hay tesis doctorales que buscan crear una teoría general de las nulidades que se aplique a todas las áreas del derecho, que establezcan condiciones, requisitos esenciales para la validez y eficacia de un acto no solo en el campo del derecho público sino también en el campo del derecho privado, muchos dicen que la sistemática los estudios han llegado a tal extremo de peculiaridad de rasgo esencial que hoy en día podemos hablar de una teoría general de las nulidades aplicables a todas las áreas, pero muchos dicen que eso es imposible porque la sustancia la forma de cada acto en las distintas áreas del derecho no es de la misma manera de la misma forma, de tal manera que no podemos construir una teoría general de las nulidades aplicable campo al derecho público que esa teoría sea aplicable para la nulidad de una ley o las nulidades de un negocio jurídico en el ámbito del derecho privado, los procesalistas dicen el proceso sea el que fuere inclusive el proceso civil tiene un marcado carácter individual particular se satisfacen al fin y al cabo intereses particulares por su contenido por su naturaleza requiere requisitos condiciones especiales, distintas diferentes a las nulidades sustanciales a las nulidades constitucionales, a las nulidades administrativas, el contenido de cada área es distinto hablaremos de acto común, no es lo mismo declaración de voluntad en el ámbito privado que en el ámbito público, no es lo mismo declaración de voluntad en el ámbito

⁸**COUTURE Eduardo J**; “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Edit. “De Palma”. Buenos Aires – Argentina 1955, pp. 503.

público que en el ámbito procesal y siendo público está sometido a rasgos especiales porque está sometido a ciertos principios particulares el principio de certeza jurídica, de igualdad de las partes, del derecho de defensa, el principio de contradicción o de la bipolaridad.

Hugo Alsina en una obra nulidades procesales, las nulidades procesales requiere de un tratamiento muy particular.

Emanuel Piga en su obra titulada las nulidades del acto procesal y las nulidades del acto en el proceso él dice que la nulidad es la desviación del acto que incurre el sujeto procesal en el desenvolvimiento del proceso, es la desviación del acto que incurre el sujeto procesal del camino establecido por el legislador, lo concuerda plenamente con el criterio de los errores injudicando y errores improcedendo, uno no hace lo que el legislador dice que se haga, Hugo Alsina en su tratado dice no hay que analizar el concepto de nulidad procesal desde el punto de vista de su naturaleza sino mas bien desde el punto de vista de sus efectos, consiguientemente la nulidad procesal no es más que ineficacia de aquel acto jurídico procesal por la inobservancia de las formas y condiciones establecidas por la ley procesal.

La nulidad procesal es aquel vicio de efecto o anomalía prevista por la ley en el que el sujeto procesal ha incurrido de tal manera que no cumple ni observa los requisitos y condiciones de forma lugar y tiempo en que debían desarrollarse. Las nulidades procesales son una sanción establecida por la ley aplicada por el juez o tribunal a todo acto procesal que no cumple con los requisitos o condiciones que la ley establece, o cuando viola normas de carácter imperativo en el desenvolvimiento del proceso.

12. SISTEMAS DE NULIDAD PROCESAL:

El código de procedimiento civil italiano de 1942 se hacía distinción entre requisito del acto procesal esenciales y requisitos del acto procesal accidentales, aunque a un comienzo la relación que se ha dado establecía un error de concepto con las explicaciones que dio Ludovico Montara al verdadero sentido de las normas del código de 1867 que ha corregido todos esos errores del código de 1842 y ha establecido tres principios:

Cuando la ley expresamente sanciona con nulidad la inobservancia de un acto el juez tiene que declarar la nulidad que es la famosa nulidad expresa. Ahí el juez no tiene potestad de interpretar, indagar averiguar si la no observancia de ese requisito es o no esencial porque debe presumirse iure et de iure que ese requisito es esencial de tal manera que la inobservancia de esa conducta, de esa actividad, de ese comportamiento hace que se desnaturalice el acto. (Vamos a ver qué actos en nuestro sistema son declarados nulos cuando no se cumplen determinadas conductas o actividades)⁹.

Pero también reconoce las llamadas nulidades virtuales o sea cuando, aunque no esté previsto en el texto de la ley el juez tiene competencia para declarar sino cumple con algún requisito esencial. Pero también el código italiano de 1942 ha establecido algo que está en nuestro código, aunque no explícitamente aun cuando el acto jurídico no hubiera cumplido u observado el requisito esencial pero a alcanzado el fin o sea el resultado pretendido el juez o el

⁹CHIOVENDA Giuseppe; "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Edit. "Cárdenas". México D.F. México 1989, pp. 485.

tribunal no puede declarar la nulidad. Cuando la nulidad está expresamente previsto en la ley y no se observa el requisito previsto por la ley el juez no tiene otra cosa que declarar la nulidad ahí vamos la nulidad por la nulidad, el juez no tiene porque indagar si ese requisito es o no es esencial porque se presume que por su importancia por su trascendencia el acto no ha cumplido con el requisito esencial por lo tanto el legislador lo considera nulo y se considera afectado como dice nuestro código en el 251 CPC.

Cuando se va aplicar las nulidades virtuales (en civil I veíamos nulidades textuales y nulidades virtuales) el juez ya tiene potestad para analizar si lo que se ha inobservado es o no un requisito esencial o por el contrario es un requisito accidental.

¿Cómo se distingue si un requisito es esencial respecto a un requisito que es meramente accidental?

Es esencial según la doctrina dominante jurisprudencia italiana que nos guía a nosotros cuando el incumplimiento de una formalidad prevista por la ley desnatura el acto de tal manera que hace que el acto no se estructure y definitivamente al no estructurarse no cumpla su fin. En cambio es un requisito accidental o secundario aquel que no desnatura el acto aquel cuya inobservancia no hace que el acto se desnature sino que el acto alcance su fin. Será cierto que hay elementos, requisitos en los actos procesales esencialísimos y elementos o requisitos accidentales secundarios yo creo que sí. Cuando veíamos los contratos en los elementos del contrato: elementos esenciales, especiales, especialísimos de cada acto daba lugar a la nulidad del acto substancial.

En la transacción si no hay concesiones reciprocas la transacción como acto como contrato es nulo, si no hay un transferencia el acto también es nulo.

Aquí el problema de saber identificar cuando un acto es esencial y cuando el acto es accidental. Hace un momento les comentaba como en la literatura chilena se han hecho unos debates extraordinarios revisando acto por acto, con decenas de ejemplos y casos al final los estudiosos chilenos además con una capacidad de inteligencia extraordinaria dicen: es demasiada pretensión pretender decir estos son los elementos esenciales y estos son los elementos accidentales de tal manera que todo depende del contenido del acto procesal.

En realidad los actos procesales son tan variados, tan diversos, ustedes han visto como se da en el curso del proceso pues son innumerables actos y cada cual tiene una trascendencia extraordinaria (esta mañana decíamos este tema pertenece a la teoría procesal) pero aquí en materia de procesal civil tiene una mayor aplicación porque ya hemos visto que el conjunto de actos ya no es una teoría vaga y tiene una consistencia sólida que permita un conocimiento adecuado no una mera explicación teórica que pasa.

Será secundario accesorio cuando el requisito solo sirva para darle seguridad, para darle cierta garantía pero no desnaturaliza el acto. El problema es encontrar eso.

En esa línea de pensamiento de la legislación italiana está el 251 párrafo II cuando dice: II las violaciones que no se acusaren o las que acusadas no implicaren nulidad por disposición expresa de la ley está explicando y siguiendo de alguna manera esa línea

Y sobre todo el 254 dice faltando alguna diligencia o tramites declarados esenciales. Ahora el problema es que tiene que ser declarado esencial según el legislador insiste al decir falta expresamente previsto por la ley, parece que nuestro legislador no

va por las llamadas nulidades virtuales como si el legislador pudiera preverlo todo.

Si uno se pone a revisar parece que entran en contradicción con el art. 90 CPC “las normas procesales son de orden público y por tanto de cumplimiento obligatorio” eso quiere decir que si en el código no hay otro acto que diga si no cumple estos requisitos este acto es nulo, sino determinados actos pero aun cuando el juez compruebe que no está declarado expresamente en la ley el acto procesal, el acto de procedimiento no ha cumplido con un requisito esencial tampoco puede declarar la nulidad si el acto aun con ese defecto a alcanzado su fin.

En esta parte nuestro código de procedimiento civil no se refiere a ello pero se refiere en algún otro artículo consiguientemente es aplicable a los actos de contestación donde mayormente hay nulidades art. 129 toda nulidad por falta de voluntad y aceptación quedara cubierta si no es reclamada antes o a tiempo de la contestación la parte que sin ser citada legalmente hubiera contestado a la demanda no podrá presentar nulidad de la aceptación porque si ha contestado quiere decir que ha cumplido su fin.

Luigi Alpiori dice pudiera suceder que el acto aun estando sancionado por nulidad o porque no se observe un requisito esencial o un elemento esencial del acto en la forma (es un problema muy agudo) no hubiera habido pero resulta que ha logrado al fin no podemos decir que el acto no ha cumplido con su requisito esencial, en realidad si ha alcanzado el fin es porque ha cumplido con su requisito esencial si no fuera así pues los requisitos esenciales se violan cuando se desnaturalizan y quiere decir que

no sea ha desnaturalizado¹⁰ quiere decir inclusive que el problema de los requisitos muy peligroso en su percepción en su análisis: ¿a quién le corresponde valorar eso? Al juez con una labor extraordinaria no es cuestión de irse por un lado o por otro lado y esto ¿porque? Yo creo porque hay un ligamen funcional entre la forma del acto procesal y el fin hay una ligadura, una relación de causa y efecto entre la forma del acto y el fin en los tribunales se aplica (como se refleja el cedulón en aplicación (como el cedulón es la copia identidad del original que sea autentica con la firma y sello del funcionario que es el secretario o actuario, esa es una actividad, hay que tener una copia y es un acto que va desarrollar el oficial de diligencias, muchas veces el que notifica o el que cita no es el oficial sino el ayudante de este) el acto cumplía su finalidad pero no cumplía con un requisito que es la identidad física es uno de los requisitos que se exige en los actos de comunicación que hace a la esencia del acto, problema de la autoridad natural (si yo soy oficial de diligencias pero mi novia es la que va a practicar las notificaciones se cumple con todos los requisitos pero no estaba cumpliendo con algún elemento que resulta siendo esencial pero resulta que esta logran do su fin) va al domicilio de la demandada la encuentra le entrega la notificación porque es un acto de comunicación.

¹⁰VILLAROEL José Cesar; "Derecho Procesal Civil". UMSA. La Paz Bolivia 2010, pp. 459.

13. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD:

Ahora nos corresponde ver los efectos de la declaración de nulidad. Tal vez uno de los temas que menos se maneje con ciencia y con técnica sea esta parte, porque nuestro abogado, nuestro juez, tiene una mentalidad: “la nulidad por la nulidad”. Hacemos, además, un daño severísimo a la administración de justicia, al extremo de que los juicios se eternizan y el pueblo no cree en la administración de justicia. Porque, si un juez o tribunal contempla que hay un vicio de nulidad, tiene que ver cuál es el efecto de la nulidad que va declarar, la nulidad solamente va afectar al acto donde se presente el vicio o defecto de forma; o por el contrario va afectar a otros actos anteriores o actos posteriores. Es un tema muy complicado y ¿por qué? Porque, y aquí concuerdo con Carnelutti, Chiovenda, Mario Moron en una obra que titula “Las Nulidades Procesales en la Legislación Española” dice este autor, no sin razón: “que esta pregunta que acabamos de hacernos, tiene absoluta coherencia con la estructura del proceso, en el proceso hay actos pero no son actos aislados, sueltos, son actos concatenados, unos consecuencia de otro, ligado a otro, una actividad está ligada a otra que tienes que desarrollar en el camino del iter para alcanzar el fin y este acto tiene vida porque hay otro acto anterior que le precede que también tiene que tener vida, vida jurídica en el sentido de vigencia, de eficacia. De tal manera que el proceso es una concatenación de actos”.

Por lo menos yo, cuando veo la profesión, el ejercicio de la profesión, se ve como los jueces declaran: “la nulidad por nulidad”, cuando uno lo que tiene que preguntarse si el vicio afecta solo a ese acto, de tal manera que, no contravenga, no afecta ni a los actos anteriores ni a los actos posteriores.

14. SOBRE LOS ACTOS AISLADOS:

Los procesalistas alemanes, siguiendo a la doctrina de la legislación romana, habían dicho: “bueno, en realidad hay un principio: ‘el vicio del acto solo afecta al acto, no puede afectar a otros actos ni anteriores ni actos posteriores’”. Sin embargo eso no es tan cierto. No sé si me han entendido hace un momento, pues, la vida y la eficacia de un acto en la cadena (es como una cadena ordenada), si en esa cadena hay un elemento que une y liga a otros pero ese está podrido hay que sustituirlo, pero puede ser que ese virus, esa bacteria, contamine a las demás. “No conozco de defectos anteriores pero sí de defectos posteriores”. Hay procesalistas que dicen: “inclusive que el vicio este, puede afectar a los otros” Y eso tiene un tremendo problema, porque dará lugar a que actos procesales, actividades procesales, trámites procesales que se han producido con el cumplimiento estricto de la ley formal, e inclusive sustancial, tienen que anularse ¿para qué? Para volver a comenzar, para volver a reproducirse. Porque, ¿Qué es la nulidad? Es la invalidez, la ineficacia de un acto, de tal manera que el acto no va poder producir sus efectos. Cuando un acto es nulo quiere decir que es como si nunca se hubiera realizado, por lo tanto jamás va producir sus efectos al interior del proceso y peor en forma futura, no va llevarnos jamás a la calidad de cosa juzgada.

Nosotros tenemos una práctica, digamos casi de un solo sentido. Para nosotros siempre la nulidad tiene siempre efectos repositorios y no efectos de renovación. Miren, no es lo mismo: Efecto repositorio que Efecto de renovación, aunque parecen lo mismo.

Nosotros cuando hemos estudiado la teoría de las nulidades (nulidad del acto, del negocio, del contrato, no estamos hablando de ese contrato, de ese acto) aunque puede también conllevar la

nulidad de otros actos subsecuentes pero hay que declararlos. En materia procesal no, justamente porque los actos están eslabonados, están encadenados unos con otros.

Y entonces en la doctrina, en la jurisprudencia, en el derecho comparado (no sé, a mi me cuesta un poco ver en nuestra practica, pero yo creo que en nuestro código también así lo prevé) existe la nulidad del acto aislado, con efecto de renovación y del acto que tiene efectos a posteriori, o sea que también invalida los actos que han sido la consecuencia del anterior viciado. O sea, como dice el autor que les hemos citado, nulidad de los actos constitutivos del acto jurídico.

A ver, cuando el juez o tribunal se da cuenta que el vicio esta en un acto, porque hay nulidad expresa, porque hay nulidad implícita que afecta al orden público, consecuentemente va declarar nulo únicamente ese acto, entonces tiene que producirse el efecto de la renovación del acto (es como sacarle el ladrillo y volver a poner otro), es renovar, no es enmendar, corregir, subsanar no, hay que renovar¹¹. Cuando hay la nulidad de un acto aislado este no afecta ni a los actos anteriores ni a los actos posteriores, solamente al acto afectado de nulidad y el juez tiene que especificar porqué el vicio afecta solamente a ese acto y no a los anteriores ni a los posteriores (lo que nunca lo hace. Cuando vean los expedientes en la parte aplicada, van a ver casos donde si el juez realmente cuando anula hace un análisis, si es la nulidad del acto aislado o no). De tal manera que los actos anteriores o posteriores se mantienen como validos, como perfectos. En nuestra practica eso es muy excepcional, rarísimo juez anula en ese sentido.

¹¹CHIOVENDA Giuseppe; "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Edit. "Cárdenas". México D.F. México 1989, pp. 485.

En la doctrina moderna tiene las siguientes características o ejemplos que se producen de la declaratoria de nulidad del acto aislado:

- **El acto queda privado de sus efectos y se considera como no realizados**, es como si nunca se hubiese realizado. Si queremos seguir, no a la teoría de las nulidades, sino a la teoría de los actos inexistentes se considera al acto inexistente.
- **La nulidad del acto no afecta a los demás actos**, los demás actos quedan plenos, vigentes, con toda su eficacia.
- **El acto debe renovarse** ¿Qué quiere decir renovarse? Hay que volver a realizar el acto, es rehacer, ex novo, de nuevo (si se ha anulado la audiencia de testigos hay que reproducir la audiencia de testigos, si se ha anulado la inspección judicial hay que repetir la audiencia de inspección judicial). Eso es renovar, es volver a poner algo en sustitución de otro, es rehacer por eso el efecto es de renovación.

Ahora, esto ¿Qué quiere decir? Que no es una mera rectificación, corrección, enmienda del acto no, no es que se enmiende, no es que se subsane, no es que un vicio se haga desaparecer y luego el acto subsista no, no hay subsistencia, el acto queda como si nunca se hubiese realizado.

Esta otra característica que, en mi criterio es el más dramático de los actos, no se lo aplica. En aquellos países donde hay una sistemática, donde hay una norma que dice: “el juez podrá anular un acto aislado o un acto consecuente; o a otros posteriores o anteriores”, precisa, entre nosotros no. Porque en algunos países, una vez que se ha anulado el acto, la ley establece que el juez debe establecer un lapso de tiempo, para que la parte que ha producido ese acto de tal manera que si no la produce en ese lapso caduca o

mejor precluye esa facultad de producir ese acto, de tal manera que se considera como si nunca se hubiese producido. En nuestro país, si existe una nulidad de un acto aislado, el juez lo único que controla si se puede renovar ese acto si está vigente el termino de prueba, porque si no está (porque en la mayoría de los casos no lo está) no te permiten renovar y resulta que eso es una barbaridad, porque ¿Qué es renovar? Es volver a poner algo que estaba en su lugar, y es justo, correcto que un juez, la ley tampoco lo prohíbe. Pero en nuestro país, como no hay una norma expresa, uno dice: “señores, si está vigente, los jueces dicen: se señala día y hora de audiencia de testigos o día y hora de inspección judicial”, hay que volver a reponer, pero si no está dice: “habiéndose vencido el termino de prueba no ha lugar” y de repente hay la opción de segunda instancia donde se pueda pedir la apertura de un termino de prueba, para producir la prueba que no se ha podido producir pero aquí también hay en el derecho comparado sistemas distintos. En algunos países la norma expresamente te fija un plazo de 5 o 6 días de haber sido notificado con la nulidad, la parte tiene un término menor, tiene la facultad de pedir la renovación del acto procesal que debe hacérselo en determinado lapso de tiempo, después de terminar un lapso de tiempo para renovar, que es lo correcto, y si no se lo produce en ese lapso de tiempo recién precluye. Aquí precluye por el vencimiento del plazo sin darle opción a anular.

Por eso es que esta nulidad, con efectos aislados, únicamente suelto del acto único, no se lo practica en los tribunales, porque ustedes no van a ver en la práctica este problema de las nulidades y cómo no se fundamenta, porqué no se aplica este efecto, el efecto de la nulidad únicamente del acto. Y cuando se lo hace alguna vez,

el riesgo es que está sometido a la caducidad del vencimiento del término, porque se mal entiende y se dice que las pruebas tienen que producirse por ejemplo dentro del término de prueba, cuando se trata de algún otro acto que los jueces piensan que eso es retroceder, cuando resulta que solamente es renovar, en casos muy excepcionales se aplica.

- **La carga de la renovación pesa sobre la parte que ha realizado el acto con omisión de los requisitos formales.** Claro, pues a esa parte le ha de interesar el diligenciamiento, la realización, la validez y la eficacia de un determinado acto que ha sido declarado nulo y consiguientemente su reposición (cuando hemos hablado de los efectos económicos del proceso, todo acto procesal implica dinero, erogación de dinero, consiguientemente los gastos tienen que correr por cuenta de alguien) ese alguien, para la nulidad del acto aislado del procedimiento, está a cargo de la parte a quien beneficiaba el acto o quien había realizado el acto.

15. SOBRE LOS ACTOS CONSECUTIVOS:

Que es digamos, lo que practicamos nosotros a ciegas, donde aplicamos este principio que es un daño en el sistema procesal: “la nulidad por la nulidad”. Ustedes van a ver: “nulidad, hasta el vicio más antiguo”¹², para el abogado el vicio más antiguo es la conciencia de la gente, todos somos así, la práctica, la mecánica, hay abogados que dicen: “nulidad hasta el vicio más antiguo”, ni siquiera dicen cual es, ¿Cuál es el vicio? El más antiguo, ¿Cuál es

¹²VILLAROEEL FERRER Carlos Jaime; “Derecho Procesal Orgánico”. Edit. “El original – San José”. La Paz – Bolivia 1996, pp. 478.

el más antiguo? (yo siempre les digo el vicio más antiguo debe ser la conciencia de la otra parte, hasta eso hay que anular).

Nosotros hemos aprendido que ya no podemos practicar de la misma forma como los otros ¿Por qué? Porque una cosa es la práctica y otra cosa es la teoría, la practica la podemos aprender allá, pero esa práctica sin teoría es medio vacía.

Aquí por ejemplo qué, para anular hasta el vicio más antiguo hay que encontrar el acto vicioso, el acto procesal donde está el vicio, pero hay que relacionar si ese acto en la cadena está ligado, de tal manera que los actos consecuentes, subsecuentes realmente están contaminados y son la consecuencia del anterior. No, aquí no, “nulidad hasta fojas 20”, hay que reponer todos esos actos, la foja 500, 1000, yo conozco juicios de la Corte Suprema que han anulado hasta fojas 15, 20 y el juicio era de 1500 páginas. Se dan cuenta lo tremendo, dañino que es el problema de la nulidad del acto procesal que afecta la validez de actos que han sido realizadas de manera valida. Y en la vida practica esto es ridículo porque miren, se ha llevado a una inspección judicial, el juez como se ha anulado hay que volver a inspeccionar lo mismo, solamente para volver hacer el acta, algo que no se concibe racionalmente porque ahí va ver el juez¹³, ya tiene la conciencia, volver a ir a ver para que le digan lo mismo y ver lo mismo ¿tiene algún sentido? Solamente con el fin de que, por eso es que en el nuevo sistema procesal existe la llamada “Prueba Traslada”, cuando un acto, de manera valida y perfecta, ha sido realizado, se va poder trasladar a otro

¹³VILLAROEL FERRER Carlos Jaime; “Derecho Procesal Orgánico”. Edit. “El original – San José”. La Paz – Bolivia 1996, pp. 478.

proceso con los mismos efectos. Eso es contribuir a la celeridad en la administración de justicia, al principio de economía procesal. Aquí no, se anula. Y solo la doctrina en los países desarrollados (Europa, Chile, Argentina, México) los científicos, los jueces, dice: “no pues, tienen que analizar exactamente si ese acto conlleva la nulidad de otros actos”, por ejemplo si no se ha citado con la demanda en los actos posteriores tienen eficacia, eso es correcto pero tiene que ser ese tipo de actos que violen los principios del debido proceso, la seguridad jurídica, el derecho de defensa, de igualdad, y que conlleven además que los demás sean la consecuencia, el problema es si nadie hace un análisis, si estos otros actos validos son la consecuencia del anterior, porque si son la consecuencia del anterior no hay duda alguna que hay que producir ya no el efecto de la renovación sino el efecto repositivo, hay que reponer todos los actos nuevamente. Eso tiene la nulidad de cual hemos hablado, como si el proceso no hubiera avanzado desde el acto ilícito, desde el acto afectado de nulidad.

No es lo mismo renovación que reposición:

- Renovar es rehacer un acto. Reponer es volver a comenzar desde el momento en que existe el acto viciado para adelante. Ahí aparece claramente el efecto retroactivo de la nulidad.

Nosotros en nuestra práctica, salvando casos muy excepcionales les reitero, conocemos la reposición pero no la renovación. Y la reposición ni siquiera con su terminología correcta que es reponer sino con la terminología: “se anula obrados hasta fojas tanto”, inclusive. Y nunca de una fundamentación de decir: “porque ese acto es nulo y porque hasta ese acto y porque los otros validos, que vicios tiene. Ese es nuestro problema, la nulidad por la nulidad, la nulidad por sí misma, como le llaman los procesalistas argentinos.

La nulidad en el cientificismo procesalista actual, hay cada vez una creciente limitación a anular por los efectos dañinos, perniciosos que tiene la nulidad por la nulidad, de ir hacia atrás. La tendencia en los países desarrollados es anular el acto vicioso pero no los otros actos, salvo que se demuestre exactamente que alguno o todos los actos posteriores sean realmente dependientes en su vida del acto vicioso. Eso contribuye pues enormemente a la economía procesal, a la carga procesal. Hace momento no les ha parecido un absurdo anular una audiencia de inspección judicial para volver a ver la inspección judicial, para volver a ver lo mismo; o llamar a un testigo que te ha declarado una cosa y otra vez que te vuelva a decir lo mismo, eso es hasta tonto, absurdo.

Y en el procesalismo moderno, les decía, hay ciertas características de las nulidades o sea consecuentes:

- Porque la reposición de los obrados pues en sí mismo no es un fin. Esto es lo que me llama la atención, la nulidad de los actos procesales no es en sí misma un fin sino un medio de corregir vicios procesales que no pueden subsanarse, de otro modo, manera, que son vicios insubsanables, por defectos que realmente han desnaturalizado el acto procesal.

Un procesalista argentino, Ernesto Berizonte, argentino, dice: “esto es muy importante, la nulidad con efecto repositorio no es su fin (pero en nuestra practica, para nuestro abogado es un fin) es solo un medio para corregir defectos que son insubsanables, insalvables, que no hay otra forma de salvarlos y el tribunal tiene que explicar que no hay otra forma, porque si se puede subsanar, si se puede corregir no hay porque anularlo”.

- Mediante la reposición se corrige la violación de la ley, pero de la ley procesal. (Ya hemos visto que no busca corregir la violación de leyes sustanciales). El juez solo debe anular cuando realmente se trate de actos que afectan a los otros que sean imposibles de subsanarse. De tal manera que no busque, porque violaría el principio de igualdad, no busque subsanar negligencias, impericias, impropiedades en las que incurren las partes, sobre todo los abogados. Y eso en la vida práctica se da, el abogado no

ha sido idóneo entonces cómo te ha solucionado, es anulando obrados, miren, anulan obrados para qué, para que tu negligencia, descuido, impericia sea subsanable. Eso es lo que comprueba además que las nulidades con efecto repositorio pues no es un fin en sí mismo si no es un instrumento, mecanismo, medio para corregir vicios insubsanables.

16. CONVALIDACIÓN DE LOS ACTOS NULOS:

Miren, para que un acto afectado de algún vicio de forma sea declarado nulo, no basta que adolezca, que tenga, que contenga el vicio de forma sino que además la nulidad no haya sido convalidada, o sea no haya sido subsanada por la parte que podía invocar la nulidad.

Esta es la parte donde más tenemos problema, porque realmente esto no lo manejamos con precisión y quiero que ustedes lo comprueben, “pero la nulidad es inconfirmable, es insubsanable, la nulidad es la nulidad”. “Es forma, pero no es vida”. Nosotros hemos aprendido tan bien las teorías de las nulidades, pero les dijimos que las nulidades de los actos sustanciales no son trasplantables a las nulidades procesales. Lo que en el acto sustantivo es insubsanable en el acto procesal si puede ser subsanable, salvo que afecte al “orden público”, el problema es esta palabrita que aparentemente nos soluciona todo. Pero ¿qué se entiende por orden público? ¿Orden público en su casa?, ¿orden público en el aula? ¿Qué orden público? Y el legislador le tira el problema al juez, le dice: “usted va declarar de oficio la nulidad cuando sea de orden Público”. Y uno tendría que ir artículo por artículo y decir: “esto es orden público, este lo es, esto otro no lo es”. El problema es darle substancia a ese concepto, a esa expresión de “orden público”, una tarea que en mi criterio no es absolutamente fácil.

Porque si el sujeto que podía invocar la nulidad, del acto procesal, porque el acto procesal realizado dentro del proceso le causa un perjuicio, porque menoscaba, restringe, suprime posibilidades procesales o afecta al derecho substancial, pues estamos legitimados para plantear demanda de incidente de nulidad, pero resulta que no lo invoca, no lo reclama, no lo objeta, no lo tacha.

Aquí me encanta una expresión que le corresponde a Carnelutti en su obra "Sistemas de Derecho Procesal Civil" que dice: "entre la convalidación y la invalidación existe una relación estrecha, porque el legitimado para convalidar es también el legitimado para invalidar". Y ¿Quién es el legitimado? Aquel que sufre un perjuicio por un acto que está viciado, afectado de nulidad procesal, este es el sujeto a través del cual puede quedar sin efecto un acto jurídico. Ahora, en el procesalismo científico moderno, como dice Manuel Moron en su obra "Nulidad del Proceso": "la convalidación en el fondo es una especie de un género mayor que es la subsanación (hemos hablado de la subsanación, remedios, en la teoría de los recursos hemos hablado de remedios procesales) esta es una especie de esos remedios. ¿Cómo subsanar, como corregir, como corregir qué? El vicio ¿Qué vicio? de forma".

Estos autores encuentran que se puede remediar en el proceso bajo diversos sentidos:

- Subsanación mediante renovación
- Subsanación mediante enmienda o rectificación y
- Subsanación mediante convalidación

¿Qué será Subsanaación mediante renovación? lo hemos visto hace un momento, cuando hay que volver a realizar un acto, esta subsanando, renovar, rehacer, volver a poner (sacar una hoja volver a poner otra hoja en lugar de la otra, eso es subsanar. Lo que nosotros en obligaciones: subrogación, sustitución). Se subsana cuando se enmienda, se corrige, se rectifica algún defecto pero sin anular.

a. Concepto. *Convalidar es hacer desaparecer el vicio o defecto.* Y lo que no practicamos es justamente esto, es que en nuestra practica esta defectuosamente comprendida, porque como siempre dicen: “que es derecho. es agarrar el código y leer nomas”.

b. Convalidación por consentimiento de los litigantes. Es que en la generalidad de las legislaciones se ha establecido que cuando hay un vicio, la parte contra la cual se ha producido ese acto vicioso, en el acto subsecuente, siguiente, tiene que impugnar; y ¿Por qué? Porque si no lo impugna (que es lo que normalmente ocurre) y se realiza actos que son la consecuencia del acto vicioso, ahí hay convalidación. La convalidación del acto puede ser expreso o puede ser tácito, el juez cuando dice: “este acto es vicioso pero yo lo voy a observar y que siga, que puede ocurrir muchas veces, porque dicen para que voy a seguir si igual voy a ganar este juicio, ese acto aunque me perjudique pero en el fondo yo voy a llegar a la sentencia.

Pero puede resultar que sea también tácito, no obstante que nuestro código expresamente lo dice en el 129: “*toda nulidad por falta de forma en la citación quedara cubierta si no es reclamada antes o a tiempo por cualquier resolución. La parte que hubiere*

contestado a la demanda no podrá acusar falta ni nulidad de. A eso se habla convalidación tacita.

El juez diga: “se rechaza ese incidente porque no obstante de que hay ese vicio, usted lo ha subsanado”. Porque ya hemos visto nosotros, estamos aplicado la teoría del finalismo, si el acto ha logrado producir su fin aun cuando con defectos no se lo puede anular. He visto fallos en el tribunal constitucional que efectivamente han anulado pero no justifica dónde está el orden público, qué se le ha impedido al otro, uno tiene que justificar sino perdería el derecho de defensa, no puede alegarte nulidad, ha estado constantemente defendiéndose, ejercitando actos de defensa en igualdad de condiciones. Les dijimos que en la vida práctica el mismo que ha provocado el vicio pretende luego plantear nulidad, cuando nadie puede aplicar la nulidad alegando su propia omisión, realmente una barbaridad.

c. Convalidación por el transcurso del tiempo. La convalidación no solamente es por cumplimiento de vencimiento sino también por el transcurso del tiempo¹⁴.

¿Cómo es eso del transcurso del tiempo? La ley, nosotros hemos ido aprendiendo “Momentos de los actos procesales” (tres días para objetar la prueba producida por la otra parte. Le da tres días, si en tres días tú no objetas ¿Qué va pasar? Habrá precluido, se habrá extinguido tu facultad de plantear ineficacia de objetar ese acto, y consiguientemente ese acto aun cuando con defectos producirán nomas sus efectos.

¹⁴VILLAROEEL FERRER Carlos Jaime; “Derecho Procesal Orgánico”. Edit. “El original – San José”. La Paz – Bolivia 1996, pp. 479.

d. Convalidación de la Cosa Juzgada. Lo propio el tema de la convalidación de la cosa juzgada. En este país donde no se respeta nada, hace 7 años han declarado la declaratoria de cosa juzgada y luego dicen: “planteo nulidad”, el juez primero dicta la resolución, rechaza y vuelve a dictar sobre lo mismo y esta vez declara: ‘anula obrados’, si eso no es prevaricato no sé que es.

Nosotros que hemos estudiado con poco de detalle la cosa juzgada, cuando una sentencia ha sido declarada ejecutoriada la única forma de su revisión es mediante la revisión extraordinaria de sentencia o ahora este medio del tema del amparo constitucional por actos ilícitos, contrarios a la constitución. De tal manera que, cuando hay una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, quiere decir que se ha cerrado todo debate substancial y procesal, hay que ir directamente a la ejecución de la sentencia. Porque cuando uno tiene que impugnar, objetar, rechazar, plantear incidentes es en la vida del proceso, no cuando el proceso ya ha adquirido cosa juzgada. El problema es la inmutabilidad, no solamente la inmutabilidad del derecho substancial, sino la inmutabilidad de los actos procesales, así hubiesen ocurrido con defectos eso está cerrado. “No, planteo nulidad”. ¿Qué es la cosa juzgada? La cosa juzgada es pues, un mandato individual que es una cualidad de la sentencia, entonces eso no se puede modificar. El momento en que una sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada precluye toda objeción a cualquier vicio de forma producido durante el proceso, ya no se puede volver hacia atrás. Ese es un principio en el procesalismo moderno porque de lo contrario la seguridad jurídica quedaría nula.

CAPÍTULO II



CAPÍTULO II

DE LAS NULIDADES EXPRESAS

4. DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES:

Este tema se estudia a partir del año 1768 gracias a la obra del profesor Oscar Monroe “la extensión de los presupuestos procesales” donde particularmente el habla del tema de la acción, en el tema de la pretensión y particularmente del tema de presupuestos procesales. La obra principalmente radica en hacer una diferencia entre la figura de la acción pretensión y esta nueva figura reciente que son los presupuestos procesales.

Podríamos decir que en la mayoría de los procesos el inicio el desarrollo y conclusión de un proceso está sometido al cumplimiento de ciertos requisitos, requisitos que en ocasiones pueden estar vinculados a la forma, a textos generalmente formales o procedimentales y en ocasiones requisitos que se encuentran vinculados estrechamente con el fondo de los requisitos.

La palabra presupuesto hace referencia a un conjunto de palabras que requiere, precisamente, una serie de actividades para la eficiencia y eficacia de los actos.

Entonces este profesor se dio cuenta que del incumplimiento de estos requisitos, eran contemplados en la práctica pero no eran considerados y estudiados en la doctrina, motivo precisamente a que el haga referencia a este tema de los presupuestos procesales.

Porque dentro del proceso como tal, encontramos nosotros requisitos que pueden en ocasiones permitir el desarrollo del proceso y en otras habilitar o viabilizar, la ejecución de ciertos actos.

En síntesis a través de este tema vamos a ver aquel conjunto de requisitos que permiten básicamente darle validez a un proceso, y este profesor distingue por ejemplo la excepción de los presupuestos procesales y el tema de la “excepción”, que es aquella institución o aquella figura de oposición por la cual por ejemplo el demandado puede dilatar o puede destruir la pretensión y acción del demandado. Y vemos que, especialmente de las excepciones dilatorias se hablo por ejemplo:

- de la incompetencia,
- se hablo por ejemplo de la falta de la personería
- se hablo de la impresión o oscuridad de la demanda

Y otras más vinculadas a aspectos no destinados a destruir el proceso simplemente retenerlo. Existía la confusión que en ocasiones cuando se presentaba una excepción se creía que estaba atacando esos requisitos, (y es evidente) a través de la excepción especialmente dilatoria, uno puede atacar. Y el profesor no se dio cuenta que estos requisitos a los cuales se ataca. Son instituciones totalmente diferentes a la figura de la excepción otra cosa muy distinta es que a través de la excepción hagamos nosotros respetar el cumplimiento de ciertas obligaciones.

Pero en si el proceso está recubierto de formalidades y requisitos que hacen precisamente a su validez para que el juez acepte una demanda por ejemplo; tiene que cumplir ciertos requisitos:

- tiene que establecer ante qué autoridad está dirigido.
- tiene que establecer los datos generales de la persona que está presentando la Demanda.
- tiene que referirse a los fundamentos de hecho respecto a la causa que está pretendiendo.
- al fundamento jurídico.
- y finalmente tiene que precisar la petición.

Al leer el CPC, se ve que para presentar una demanda se establecía antes por ejemplo: el papel sellado como un requisito formal, si usted no presentaba antes un memorial en papel sellado el juez le rechazaba.

Si no se estructuraba la demanda en función de lo que establece el Código, el juez le rechazaba la demanda.

Esos aspectos que hacen a la forma y, en ocasiones, permiten que ese proceso o ese acto procesal sea considerado valido; el tema de los presupuestos procesales va orientado a descubrir y analizar esos requisitos que nos van a permitir a nosotros como abogados llegar a un proceso valido, sin ningún vicio, porque la inobservancia, la no aplicación de estos presupuestos, la no aplicación de estos requisitos acarrea un efecto negativo que es la nulidad o la anulabilidad.

5. SISTEMA BOLIVIANO:

Con el código de procedimiento civil de 1830 no hay duda que estamos bajo la influencia de la ley procesal francesa de la cual emerge la ordenanza procesal de 1667 que se plasma generalmente en el código de procedimiento civil francés de 1806. El problema es cuál es la realidad actual. Para ver la realidad actual no hay más que releer el art. 251: ART. 251.- (Nulidad). I. Ningún

trámite o acto judicial será declarado nulo si la nulidad no estuviere expresamente determinada por la ley.

II. Las violaciones que no se acusaren o las que acusadas no implicaran nulidad por disposición expresas de la ley, darán lugar a reprensión, apercibimiento y aun al juzgamiento del juez o tribunal culpable. Podemos señalar otros artículos como el 121 p.3ro, relativo a los actos de comunicación, que establece:

III. Si la citación por cédula se hubiere hecho en el domicilio indicado por el demandante y tal domicilio resultare ser falso, la diligencia será nula.

Ó sea, hay una nulidad expresa. Esto nos lleva a ver si en el sistema Boliviano solo seguimos las llamadas nulidades expresas y no a las nulidades virtuales a las cuales nos referimos anteriormente. Si uno analiza a letra fría, da la impresión (de la lectura del 251) que sólo se conocen en nuestra legislación las nulidades expresas y no así las nulidades virtuales. Contra ese criterio pudiera surgir la lectura de otro artículo, si así fuera, porque la regla del art. 90 nos dice que las normas procesales en su forma son de orden público: ART. 90.- (Cumplimiento de normas procesales). I. Las normas procesales son de orden público y, por tanto, de cumplimiento obligatorio, salvo autorización expresa de la ley.

II. Las estipulaciones contrarias a lo dispuesto en este artículo serán nulas.

Y más aún cuando tenemos el art. 252: (Nulidad de oficio). El juez o tribunal de casación anulará de oficio todo proceso en el que se encontraren infracciones que interesan al orden público. Ahí ya no habla de nulidades expresas, y el concepto de orden público es variado. Aquí nuestro legislador nos pone en una situación compleja porque la teoría procesal nos enseña que las normas

procesales son de derecho público pero no todas las normas procesales son de orden público, porque hay normas procesales que interesan al orden privado. La inobservancia de una regla de conducta procesal orientada a proteger intereses particulares dentro del proceso, seguramente no ha de estar sancionada con nulidad, sino sólo aquellas normas que tienen que ver con el orden público. Pero el problema es extremadamente más complejo todavía porque la solución de la doctrina italiana dice: cuando se violen requisitos o condiciones esenciales, pero no cuando se violen requisitos y condiciones accidentales o secundarias. Y esta mañana aprendimos a distinguir cuáles son los requisitos esenciales y cuáles pueden ser considerados accidentales o accesorios (que solo buscan asegurar el cumplimiento de determinado fin, pero sin desnaturalizar la esencia de la norma y consiguientemente la inobservancia no da lugar a la nulidad). Ese es el problema a resolver.

Podemos nosotros decir: “Nosotros optamos por otro sistema, no seguimos el proceso evolutivo, porque estamos en el 252 en que solo el juez de oficio o a petición de parte cuando se violen normas procesales que afecten al orden público”.

Primero hay que ver cuándo la ley procesal o una ley sancionan con nulidad de manera expresa. Y en mi criterio las nulidades expresas son las que revisamos el otro día cuando veíamos las reglas del art. 254 del CPC:

- El problema de la no dictación de la Sentencia dentro del término establecido, donde el juez pierde competencia.
- El problema cuando el tribunal colegiado no está reunido por la totalidad de sus componentes.

- Cuando fallan estando suspendidos o habiendo perdido competencia.

Esas son nulidades textuales. Y lo será también:

- Cuando se cite con la demanda en un domicilio no correspondiente al demandado, porque el 121 sanciona con nulidad.
- La ley de organización judicial en el art. 247 dice: “Solo será nulo el proceso por: falta de citación con la demanda, por falta de notificación con el Auto de apertura del término de prueba y por la falta de notificación con la Sentencia”.
- Hay jurisprudencia en materia penal, pero no en materia civil que las Sentencias o fallos definitivos deben notificarse personalmente. Esto último no se aplica en materia civil, porque en materia penal tiene otra finalidad: cuando se declara una Sentencia de condena, el condenado con la sentencia tiene la oportunidad de impugnar, por eso requiere de una citación personal en su domicilio real.

Pero de todas maneras con la ley de organización judicial se ha reducido a esos supuestos, pero no son los únicos, porque cuando se trata de actos de comunicación como son las notificaciones el art. 129: “(Falta de forma en la citación). I. Toda nulidad por falta de forma en la citación (quiere decir que si una citación no cumple los requisitos de forma como acto de comunicación también dará lugar a la nulidad, no porque se notifique en domicilio falso, sino por no cumplir con los requisitos de forma, por ejemplo: no hay testigo de actuación, o se entrega una copia sin entregarle el libelo de lo cumplido, como ocurre muchas veces: los diligencieros entregan solamente la copia de la demanda y no el Auto de admisión de la demanda; o no entregan la orden de citación por cedula, no

entregan de forma completa el acto de comunicación en sí, lo cual está sancionado con nulidad).

Otro caso de nulidad expresa está previsto en materia de subasta y remate de bienes cuando no se hacen que las publicaciones de aviso de remate en un órgano periodístico con intervalos de 6 días entre publicación y publicación, nulidad expresa, pero solamente aplicable a los actos de subasta y remate. Esto querría decir que en nuestro sistema procesal son las únicas causas en las que se puede plantear nulidad. Y si uno revisa nuestra legislación de manera mucho más exhaustiva y completa, se dará cuenta que no es así, que el art. 251 y 252 nos autoriza por una interpretación sana de nuestra legislación a señalar que no solamente hay nulidades expresamente establecidas por ley, sino también las nulidades virtuales por falta de un requisito esencial, pero aquí le agrega nuestro legislador “siempre y cuando esa norma procesal pertenezca al campo del orden público”, de tal manera que en la actividad esté interesado el colectivo social y no solamente la regla de conducta procesal sea en interés típico de una de las partes (interés personal o privado).

Hace un momento decíamos, no obstante que todas las normas son de derecho público, no todas son de orden público, sino que hay normas de carácter dispositivo, en las cuales no está interesado el colectivo social, no hay un interés social en su observancia y cumplimiento, porque esa norma ha sido dictada más en interés particular desde el derecho público pero protege intereses particulares de los sujetos procesales. Esto es muy difícil de observar, por eso el procesalismo científico moderno no ha establecido como nuestro legislador. Los argentinos dicen que tienen un sistema distinto al italiano y no dejan de tener razón. Yo

intento decir que no es tan distinto ni diferente, lo único que habría que distinguir o separar son normas de orden público y normas de derecho privado (son de derecho privado porque son normas dispositivas que reglamentan derechos particulares, de tal manera que si el sujeto no ha hecho uso de esa facultad, o ha hecho uso de esa facultad, pero lo ha hecho de manera irregular no cumpliendo con los requisitos señalados por ley no se puede declarar su nulidad, porque sería alegar que uno mismo, su propia conducta, su propio derecho potestativo no lo ha cumplido y consiguientemente pretende una ventaja procesal a costa de su propia negligencia. Hay una máxima que dice: “Nadie puede alegar su propia torpeza”. Aquí nadie podría pretender sacar una ventaja de orden procesal alegando nulidad de un acto procesal alegando su propio descuido o negligencia en el cumplimiento del requisito o del elemento necesario para la validez y eficacia de ese acto).

“Yo estoy absolutamente convencido de que los casos citados de nulidad expresa no son los únicos casos de nulidad, esto lo justifica la interpretación de los arts. 252, 254 num.7: Faltando a alguna diligencia o trámite declarados esenciales... (Ahí vemos el problema de requisitos esenciales frente a requisitos accidentales)”.

Lo que se quiere precisar es como lo hacen los juristas italianos que citamos esta mañana, que en las nulidades textuales el juez no puede hacer absolutamente nada, porque de antemano se considera que la inobservancia de uno o algunos requisitos del acto afectan al orden público y consiguientemente el interés de la colectividad y la esencia del proceso porque afectan principios procesales: “el principio del debido proceso, el derecho de defensa,

el principio de contradicción (para citar algunos)”. De tal manera que el juez no puede pretender interpretar la norma, lo único que puede hacer es aplicar y nada más; y no solamente el juez de primera instancia sino también los jueces de grado superior incluida la Corte Suprema. De ahí la facultad otorgada por el art. 15 de la anterior L.O.J.: “Los tribunales superiores estarán obligados a revisar de oficio si los jueces de grado han cumplido los requisitos formales de los distintos actos procesales; en caso de no hacerlo anularán obrados con responsabilidad para el juez inferior”.

Pero, nosotros también estamos convencidos de que en el segundo caso, donde se habla del orden público (252, y en esto que dice el 254: “Faltando a alguna diligencia o trámite declarados esenciales...”) estamos en presencia de las llamadas “nulidades virtuales” o requisitos esenciales. El problema es la contradicción: “...falta expresamente penada con nulidad por la ley”. Ó sea nuevamente entramos al tema de que esa falta debe estar expresamente penada por ley, lo que plantea otra vez la problemática de que si las únicas nulidades en nuestro sistema son las nulidades expresas y no existen las nulidades virtuales, pese a que el 252 habla de orden público. Nuestros tribunales nunca hicieron esa distinción de requisitos esenciales y requisitos accidentales. Los jueces anulan obrados solo cuando un requisito faltante está sancionado con nulidad, peor aún las cortes supremas, las cortes superiores de distrito, en una justicia formalista, propia del sistema de Justiniano (“toda actividad que contradiga una ley preventiva declarará una nulidad”).

Nosotros pensamos que en nuestra legislación vigente están las “nulidades virtuales” por inobservancia de requisitos esenciales en el acto procesal. Esto nos lleva a que los jueces de grado o los tribunales superiores están obligados o tienen la facultad de apreciar si la forma exigida por la ley procesal ha sido omitida o defectuosamente realizada afectando la naturaleza del acto siempre y cuando la naturaleza del acto sea de orden público, porque si no es de orden público y es de carácter meramente privado no se puede anular. El juez está obligado a justificar dónde aparece el orden público (lo cual en la práctica los jueces nunca hacen).

El legislador nos ha puesto una norma “tramposa” porque ¿quién definirá el problema del orden público? Pues quién podría dar una noción perfecta de orden público, porque ese es un concepto difuso, sin contornos precisos porque todo depende de la valoración social de un momento y lugar determinado: “el concepto de orden público va cambiando según los criterios que adopte el sistema jurídico en un determinado pueblo, inclusive puede mutar de un tiempo a otro tipo”.

6. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA NACIONAL:

Analizando el sistema de las nulidades trataremos de establecer los rasgos y peculiaridades de los casos en los que procede la nulidad. Una de las características del sistema procesal de nulidades procesales es que reconoce: nulidades textuales y nulidades virtuales, eso no quiere decir que solo existan nulidades textuales o virtuales por omisión de requisitos esenciales del acto, estén o no previstos en la ley procesal. Yo creo que esa es una de las

características de nuestra legislación y yo me apoyo en los arts. 251, 252, 129, 121, 254 núm. 7 para llegar a esa conclusión. De repente ahí habría que ver en las nulidades virtuales el problema del orden público y del derecho dispositivo.

Y aquí vemos que no es cierta la regla del art. 90 del CPC (que todas las normas procesales son de orden público), y en alguna ocasión se estableció qué normas son de carácter privado, aquellas que son dispositivas que están libradas a la facultad de las partes y de cuyo contenido no está interesado el colectivo social. Por lo menos esa fue la forma en la que se intentó explicar cuándo una norma procesal es de orden público y cuándo no lo es. Sobre todo en el tema de la prueba, hay normas que son de orden público (el problema de la aprobación, de la apreciación de la prueba). Pero aquellas normas que tienen que ver con el ofrecimiento de la prueba, aquellas donde tienen que cumplirse determinados actos en interés de una de las partes, donde no están en juego el interés social. La otra característica es que la falta de forma esencial del acto da lugar a la nulidad, esté expresamente prevista en la ley o no, por eso existen nulidades expresas y nulidades virtuales. Esto tiene que ver con dos notas que en mi criterio son esenciales:

- La falta de formas esenciales hacen nulo el acto procesal sin necesidad de que la ley expresamente lo sancione.
- Y la falta de formas accidentales dan lugar a la nulidad solo cuando la ley expresamente lo señala.

Tal vez pudiéramos solucionar el criterio de Ludovico Montara en su “Comentario del CPC italiano”, que dice: “No se puede decir que el elemento es accidental cuando expresamente está previsto en la ley. Si está expresamente es porque el legislador lo ha valorado de

tal manera que no es más que un requisito esencial”. Otro que le contradice dice: “cuando los legisladores debaten las leyes, será cierto que ellos revisan con detenimiento los requisitos, de tal manera que concluyen que ciertas actividades son esenciales y otras accidentales y ciertas no”. Lo que más me impresiona, y creo que es una de las características esenciales del nuevo sistema procesal, sobre el cual hay un gran debate: “la nulidad está limitada a la inobservancia de las formas procesales esenciales o accidentales elevadas a la categoría de esenciales, pero no se extiende a otras causas, por ejemplo: vicios o defectos substanciales. Solo hay nulidad procesal cuando no se cumple en la realización del acto procesal un requisito de forma, no cuando no se observa un requisito de fondo o que pertenece al campo del derecho substancial”. Por ejemplo: no se puede anular un acto procesal por dolo, violencia, por error, por incapacidad. Este es un tema muy complejo porque existen dos sistemas totalmente opuestos: Hay un sistema que dice “creemos una teoría general de los actos procesales aplicable a todo acto que pertenezca al derecho público, al derecho privado, al derecho procesal”. Y según esa concepción, vigente en algunos países como Brasil con Ponte de Miranda y Bautista Martins. Ponte de Miranda cuando comenta el CPC en Brasil de 1917 dice: “Nosotros seguimos la teoría general de las nulidades, de tal manera que la misma ley te dice ‘ningún trámite o acto será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada en la ley’, pero las nulidades no solo están determinadas en la ley procesal sino también en la substancial”. No dice en la ley procesal, sino en la “ley”, entonces, aplicando la teoría general de las nulidades no solamente es por vicios o defectos de forma sino también por vicios o defectos

substanciales, porque también en la ley substancial pudiera sancionarse. Y hay sistemas procesales en el que se ha optado por una solución totalmente opuesta que corresponde al CPC italiano y que creo que está vigente, por una interpretación analógica, en nuestra legislación en el art. 129: “toda nulidad por nulidad de forma...” En el CPC italiano se dice que los vicios o defectos de orden substancial no serán causa de nulidad de los actos procesales. Las únicas causas de nulidades procesales son la inobservancia de los requisitos de forma del acto procesal. Esto nos pone ante la disyuntiva de ser “substantivistas” o “procesalistas”.

La existencia de nulidades expresas y nulidades virtuales bajo el epígrafe de “violación del orden público” previsto en el art. 252 del CPC, hemos establecido también que en estos casos el juez no tiene que hacer otra cosa que aplicar la ley, porque se considera que la inobservancia de los requisitos es algo esencial que afecta al orden público (y por eso el legislador, expresamente, los ha considerado).

Y hemos ido revisando cada uno de esos casos 247 de la ley de organización judicial, los previstos en el art. 254 del CPC, el art. 121 del CPC, el 129 del CPC, el 544 referida a la subasta y remate, que todos ellos son casos de nulidad textual.

Si está en la ley es porque se trata de un requisito esencial, en otras legislaciones se hace el debate “veamos si realmente es esencial” porque en realidad nos ponemos a pensar, el acto procesal es una conducta, y cada uno con su requisito porque el problema de la forma del acto procesal es esencial, y entonces en otros países el juez tiene la potestad de analizar si es un requisito realmente

esencial pero sobre todo la doctrina se refiere a que si está en la ley es porque es esencial (el legislador lo ha ponderado desde un estudio profundo y de tal relevancia para el orden público) y más o menos les hemos diseñado qué es el orden público, el problema es cuando se trata de la llamadas nulidades virtuales que es nuestro tema porque éstas en nuestra legislación primero debe ser un requisito esencial y además tiene que ver con el problema del orden público, porque si se tratará de un requisito esencial pero privado no es causal de nulidad

Ahora, la no observancia de un elemento accidental dará causa de nulidad cuando esté expresamente señalado en la ley, pero yo no creo eso, porque es accidental; es decir que ayuda al a asegurar pero su no cumplimiento no desnaturaliza primero su naturaleza y segundo su sentido y por ello no dará causa de nulidad, y nadie analiza ese problema.

Y nos quedamos en el punto de ver como los vicios, los defectos que van a causar la nulidad deben ser vicios de forma porque no se extiende a otros vicios extra-formales o sustanciales, y ese es un tema que es uno de los más controvertido, el juez el vocal de la CSJ si va a anular con efecto de renovación o con efecto repositario, porque encuentra un vicio o defecto de forma, no sustancial y esto no concuerda con la teoría general de las nulidades porque ya hemos explicado que es una tendencia, una aspiración.

“Teoría General de las Nulidades” de una profesora de Córdoba; decía que una aspiración ya plasmada según ella, es hacer una sistemática aplicable a cualquier artículo y esto porque según la teoría general que es un tema de la Teoría General del Derecho, y

parte de la idea central de que cuando un acto procesal se puede anular no solamente por defectos de forma, no solamente porque el acto no cumple con los requisitos formales previstos por el legislador procesal sino por vicios que tienen que ver con el CC, o con otras leyes sustantivas y su fundamento es bastante racional al compararlo con el art. 251 y con la generalidad de los artículos, que ningún acto será declarado nulo si no está expresamente considerado en la ley, tanto sustancial como también procesal, porque en el fondo el racionamiento procesal nos dice: el acto tiene sustancia y tiene forma tiene voluntad, capacidad dentro de la voluntad, y debe tener legitimidad por eso hay requisitos porque sigue a algo y ese algo es un objeto. Hay causa (motivo psicológico) y la voluntad también hubiera podido haberse formado con dolo, violencia, un acto jurídico procesal podría formarse con dolo o violencia (con la cual te obligaron, por ejemplo, a firmar el desistimiento).

Por ejemplo: si el marido hace el trámite y de repente le dice a la mujer “ya estamos divorciados” y ella se calienta y tramita la división y partición, y hay varios bienes, entre ellos un departamento ambicionado por el marido y por su nueva mujer, y por eso el hombre le plantea quedar a su ex-esposa como amigos y le propone firmar una transacción que va a homologar el juez, y esto es un acto procesal, ¡pero hay dolo!

Ahora hay juicios de maltrato familiar, y cuando escuchaba esto pensé en su valor para poder explicar este tema, podríamos iniciar un proceso para anular el acuerdo transaccional por nulidad de vicios sustanciales, por dolo.

Porque el vicio procesal es solo de forma, no sustancial, estos dos sistemas de la teoría general del proceso, la teoría general del Derecho pues sostiene que las nulidades pueden ser formales como también extra-procesales o sustanciales, y sobre todo en materia civil las previstas en el CC, además el acto está compuesto de contenido y de forma esa regla tiene su gran expositor en el CPC brasilero que establece que el juez puede anular un acto procesal no solamente por un vicio de forma sino también sustancial.

Al otro lado están las legislaciones y autores que dicen: Jamás se puede anular un acto procesal por vicios sustanciales, porque los vicios y defectos invocados ante el juez o tribunal deben ser de forma y está en la generalidad de las legislaciones pero en el italiano (y con el muchos otros países) inclusive el nuestro que está en ese camino, es de: solo se pueden anular si se presentan defectos de forma pero no de fondo.

Llegamos a esa conclusión porque el artículo 129 de manera exquisita se refiere: Art. 129.- (FALTA DE FORMA EN LA CITACION). Toda nulidad por falta de forma en la citación, quedará cubierta si no es reclamada antes o a tiempo de la contestación.

Esto no lo hace por ejemplo de manera expresa el art. 254, pero si revisamos cada caso de este artículo todos tienen que ver con la forma, no con el fondo. En Italia quienes son partidarios de la primera tesis era Carnelutti en su obra "Sistema de Derecho Procesal Civil", Tulio Sanchuti "Derecho Procesal Civil", y nosotros compartimos los criterios de Carlos Fure en su obra "Nulidad y regulación" o Mario Redenti o Virgilio Andrioli, que parte de un criterio de que en materia procesal solo se puede anular por vicios

de forma y no de fondo, o sea cuando cita la ley “debe estar fijado en la ley” y no es otra que la ley procesal que es la formal.

Corte de Milan en su obra dice: Todo depende de la legislación del Derecho positivo, y ese es el criterio y por ello las nulidades pueden ser de forma y de sustancia, porque el problema es la construcción misma del acto, Ahora Carlos Fure dice, y esto lo explica Virgilio Andrioli, “no se pueden aplicar, al acto procesal, las nulidades sustanciales porque no es cierto que se haya logrado con un criterio científico universal una teoría general de la nulidad que se adapte a cada esfera del Derecho y que haga que las nulidades procesales tengan que aplicarse como las sustanciales”.

Las nulidades procesales tiene su propia estructura, su propia función, que hace distinta a la nulidad sustancial o de Derecho material, y esta distinción, estos autores hacen una diferencia entre presupuestos, elementos y circunstancias.

- Presupuestos: Son aquellos antecedentes, anteriores al acto, y en el acto procesal son estos primero la existencia de una persona que actúa, o una cosa sobre la cual se actúa, respecto a la persona hay que analizar la capacidad, y la legitimación, y sobre la cosa sobre la cual se actúa se debe analizar la idoneidad del objeto.
- Elementos: Son aquellas cualidades que deben existir en el momento del acto, en que se realice el acto, de tal forma de que adquiera publicidad, de tal manera que el acto sin estos elementos jamás será un acto jurídico, y desde ese punto de vista para estos autores son elementos:

- a. La Intención
 - b. Causa.
 - c. Forma
- Circunstancias: Otros elementos que deben existir, no dentro del acto, sino de manera externa en lugar, tiempo y forma en la que se manifiesta el acto.

Que es lo que invalida el acto procesal, no los presupuestos, no el tema de los elementos sino de las circunstancias, porque en los sistemas que hemos optado por anular un acto procesal por vicio, porque si vemos cada uno de estos elementos pues en los sistemas que hemos adoptado (solo nulidades de forma) vemos que el tema de los presupuestos, la capacidad (no se la impugna mediante un incidente de nulidad, sino con una excepción) y cuando se dicta la resolución declarando probada la excepción se anula el decreto de admisión y se dispone que se subsane su incapacidad mediante un tercero representante que tenga capacidad para representar.

El tema de la legitimación, lo propio, se objeta mediante una excepción, con los mismos temas de invalidar hasta que se subsane, porque una cosa es la legitimación, otra la personería (la calidad en la que podemos actuar dentro del proceso).

Ahora, cuando vamos a atacar los elementos, “la intención, la causa” la ley sustancial nos da una acción y no un incidente, en el caso que les contamos no podemos presentarnos frente al juez de familia y plantear nulidad del acto procesal sino del acuerdo transaccional por dolo, ahora será fácil probar el dolo.

Y repentinamente no se puede aplicar, ni transportar lo sustancial a lo procesal, porque el sistema ha elegido otros mecanismos otras formas, uno de los grandes debates es sobre “los vicios del consentimiento”, se acuerdan, la voluntad en la materia de contratos (si lo válido es la voluntad real o la declarada) y si el intérprete verá a través de lo declarado, en procesal no existe la polémica entre “lo real y lo declarado” hay una presunción iure et de iure, toda voluntad expresada en el acto procesal corresponde a la voluntad de su querer, y una presunción como ésta impide demostrar si existe dolo, violencia, porque si se permitieran los elementos de fondo, sustanciales, el proceso se volvería inacabable, un caos porque las partes en cualquier momento presentarían incidentes de nulidad por vicios del consentimiento, como el abogado que dice “este memorial se firmo en base a engaños”.

En la única causa que se podría alegar es en materia de transacción, que son casos excepcionales, pero no en el proceso sino en otro, con esto está demostrado, si uno se pone a pensar como sería si se incluyera a los vicios de fondo; en cualquier momento habría incidentes por el tema del “error”, o el tema de las violencias, diferente al caso que explicamos donde hubo dolo.

El legislador procesal ha establecido que no existe más que una voluntad, y no una declarada y una real, por problema de seguridad jurídica, y usted quiere invalidar el acto procesal no lo puede hacer en el mismo proceso y tendrá que acudir a otro proceso, porque en otro proceso entrará a discutir la formación del acto, y para la formación de este un requisito es la voluntad y el consentimiento,

porque es un contrato procesal, es toda una estructura dentro de la gran masa de los hechos jurídicos procesales.

Mario Redenti: “Si se admitiese una liberación de este género el proceso sería un caos, continuamente interrumpido y desviado, haciendo del mismo algo interminable y finalmente derivaría en el caos procesal”.

Otra expresión que le corresponde a:

Virgilio Andrioli: “La generalidad de los sistemas procesales dan predominio a la expresión de la voluntad sin distinción entre la voluntad real y la voluntad declarada, basado en un principio de que lo interno no se toma en cuenta”.

“En lo externo debe comprenderse lo interno”, como lo entendían los alemanes, y en una charla con un amigo del Perú decíamos: “el gran problema es que el legislador busca llegar a la llamada justicia material, porque el mundo se han dedicado más a resolver temas de forma que de fondo, y justamente una de las atribuciones para que no se vuelva caótico el proceso es evitar que se admitan las nulidades procesales por los vicios sustanciales”.

El caso de esa pareja me dio mucha pena, pero no podríamos decirle que haríamos anular el acuerdo transaccional en el mismo proceso, sino en otro, porque no existen las nulidades procesales de fondo, o de vicios sustanciales.

Tuvimos la posibilidad de terminar de analizar una de las características de las nulidades, que creemos que es aplicable a nuestra sistemática, viendo la peculiaridad de que la nulidad procesal procede por vicios de forma pero no por vicios

sustanciales, no obstante que podemos reconocer que hay doctrina, legislación en sentido diverso, opuesto, pero les explicamos porqué nosotros creemos que en nuestra sistemática se sigue la orientación de la legislación española, la legislación italiana, en el sentido de que la nulidad procesal no puede operar sino por causas de no observancia de los requisitos de forma previstos en la ley procesal.



CAPÍTULO III



CAPÍTULO III

DE LAS NULIDADES VIRTUALES

3. CONCEPTO DE NULIDAD VIRTUAL:

Están relacionadas con los requisitos del contrato o del negocio jurídico, ya que la falta de consentimiento será propia de anulabilidad. Según el C.C. Artículo 549.-(CASOS DE NULIDAD DEL CONTRATO). El contrato será nulo:

Por faltar en el contrato, el objeto o la forma prevista por la Ley como requisito de validez.

Por faltar en el objeto del contrato los requisitos señalados por la Ley. (prestacion dar, hacer y no hacer que sea posible de hacer, licito, valorable, personal de quien se obliga, determinado y susceptible).

Por ilicitud de la causa y por ilicitud del motivo que impulsó a las partes o celebrar el contrato.

Por error esencial sobre la naturaleza o sobre el objeto del contrato. (de hecho, de derecho, etc) En los demás casos determinados por la Ley. (nulidades textuales).

Cuando se trata de la llamadas nulidades virtuales que es nuestro tema porque éstas en nuestra legislación primero debe ser un requisito esencial y además tiene que ver con el problema del orden público, porque si se tratará de un requisito esencial pero privado no es causal de nulidad

Ahora, la no observancia de un elemento accidental dará causa de nulidad cuando esté expresamente señalado en la ley, pero yo no creo eso, porque es accidental; es decir que ayuda al a asegurar

pero su no cumplimiento no desnaturaliza primero su naturaleza y segundo su sentido y por ello no dará causa de nulidad, y nadie analiza ese problema.

Y nos quedamos en el punto de ver como los vicios, los defectos que van a causar la nulidad deben ser vicios de forma porque no se extiende a otros vicios extra-formales o sustanciales, y ese es un tema que es uno de los más controvertido, el juez el vocal de la CSJ si va a anular con efecto de renovación o con efecto repositario, porque encuentra un vicio o defecto de forma, no sustancial y esto no concuerda con la teoría general de las nulidades porque ya hemos explicado que es una tendencia, una aspiración.

Hay una obra de la “Teoría General de las Nulidades” de una profesora de Córdoba; decía que una aspiración ya plasmada, es hacer una sistemática aplicable a cualquier artículo y esto porque según la teoría general que es un tema de la Teoría General del Derecho, y parte de la idea central de que cuando un acto procesal se puede anular no solamente por defectos de forma, no solamente porque el acto no cumple con los requisitos formales previstos por el legislador procesal sino por vicios que tienen que ver con el CC, o con otras leyes sustantivas y su fundamento es bastante racional al compararlo con el art. 251 y con la generalidad de los artículos, que ningún acto será declarado nulo si no está expresamente considerado en la ley, tanto sustancial como también procesal, porque en el fondo el racionamiento procesal nos dice: el acto tiene sustancia y tiene forma tiene voluntad, capacidad dentro de la voluntad, y debe tener legitimidad por eso hay requisitos porque sigue a algo y ese algo es un objeto. Hay causa (motivo psicológico) y la voluntad también hubiera podido haberse formado con dolo, violencia, un acto jurídico procesal podría formarse con dolo o

violencia (con la cual te obligaron, por ejemplo, a firmar el desistimiento).

4. TEORÍA GENERAL DE LAS NULIDADES VIRTUALES:

Reconoce las llamadas nulidades virtuales o sea cuando aunque no esté previsto en el texto de la ley el juez tiene competencia para declarar sino cumple con algún requisito esencial. Pero también el código italiano de 1942 ha establecido algo que está en nuestro código aunque no explícitamente aun cuando el acto jurídico no hubiera cumplido u observado el requisito esencial pero a alcanzado el fin o sea el resultado pretendido el juez o el tribunal no puede declarar la nulidad. Cuando la nulidad está expresamente previsto en la ley y no se observa el requisito previsto por la ley el juez no tiene otra cosa que declarar la nulidad ahí vamos la nulidad por la nulidad, el juez no tiene porque indagar si ese requisito es o no es esencial porque se presume que por su importancia por su trascendencia el acto no ha cumplido con el requisito esencial por lo tanto el legislador lo considera nulo y se considera afectado como dice nuestro código en el 251 CPC.

Cuando se va aplicar las nulidades virtuales (en civil I veíamos nulidades textuales y nulidades virtuales) el juez ya tiene potestad para analizar si lo que se ha inobservado es o no un requisito esencial o por el contrario es un requisito accidental.

¿Cómo se distingue si un requisito es esencial respecto a un requisito que es meramente accidental?

Es esencial según la doctrina dominante jurisprudencia italiana que nos guía a nosotros cuando el incumplimiento de una formalidad prevista por la ley desnaturaliza el acto de tal manera que hace que

el acto no se estructure y definitivamente al no estructurarse no cumpla su fin.

En cambio es un requisito accidental o secundario aquel que no desnaturaliza el acto aquel cuya inobservancia no hace que el acto se desnaturalice sino que el acto alcance su fin.

Será cierto que hay elementos, requisitos en los actos procesales esencialísimos y elementos o requisitos accidentales secundarios yo creo que sí. Cuando veíamos los contratos en los elementos del contrato: elementos esenciales, especiales, especialísimos de cada acto daba lugar a la nulidad del acto substancial.

En la transacción si no hay concesiones reciprocas la transacción como acto como contrato es nulo, si no hay un transferencia el acto también es nulo.

Aquí el problema de saber identificar cuando un acto es esencial y cuando el acto es accidental. Hace un momento les comentaba como en la literatura chilena se han hecho unos debates extraordinarios revisando acto por acto, con decenas de ejemplos y casos al final los estudiosos chilenos además con una capacidad de inteligencia extraordinaria dicen: es demasiada pretensión pretender decir estos son los elementos esenciales y estos son los elementos accidentales de tal manera que todo depende del contenido del acto procesal.

En realidad los actos procesales son tan variados, tan diversos, ustedes han visto como se da en el curso del proceso pues son innumerables actos y cada cual tiene una trascendencia extraordinaria, pero aquí en materia de procesal civil tiene una mayor aplicación porque ya hemos visto que el conjunto de actos ya no es una teoría vaga y tiene una consistencia solida que permita

un conocimiento adecuado no una mera explicación teórica que pasa.

Será secundario accesorio cuando el requisito solo sirva para darle seguridad, para darle cierta garantía pero no desnaturaliza el acto. El problema es encontrar eso.

En esa línea de pensamiento de la legislación italiana está el 251 párrafo II cuando dice: II las violaciones que no se acusaren o las que acusadas no implicaren nulidad por disposición expresa de la ley está explicando y siguiendo de alguna manera esa línea.

Y sobre todo el 254 dice faltando alguna diligencia o tramites declarados esenciales. Ahora el problema es que tiene que ser declarado esencial según el legislador insiste al decir falta expresamente previsto por la ley, parece que nuestro legislador no va por las llamadas nulidades virtuales como si el legislador pudiera preverlo todo.

Si uno se pone a revisar parece que entran en contradicción con el art. 90 CPC “las normas procesales son de orden público y por tanto de cumplimiento obligatorio” eso quiere decir que si en el código no hay otro acto que diga si no cumple estos requisitos este acto es nulo, sino determinado actos pero aun cuando el juez compruebe que no está declarado expresamente en la ley el acto procesal, el acto de procedimiento no ha cumplido con un requisito esencial tampoco puede declarar la nulidad si el acto aun con ese defecto a alcanzado su fin.

En esta parte nuestro código de procedimiento civil no se refiere a ello pero se refiere en algún otro artículo consiguientemente es aplicable a los actos de contestación donde mayormente hay nulidades art. 129 toda nulidad por falta de voluntad y aceptación quedara cubierta si no es reclamada antes o a tiempo de la

contestación la parte que sin ser citada legalmente hubiera contestado a la demanda no podrá presentar nulidad de la aceptación porque si ha contestado quiere decir que ha cumplido su fin. Luigi Alpiori dice pudiera suceder que el acto aun estando sancionado por nulidad o porque no se observe un requisito esencial o un elemento esencial del acto en la forma (es un problema muy agudo) no hubiera habido pero resulta que ha logrado al fin no podemos decir que el acto no ha cumplido con su requisito esencial, en realidad si ha alcanzado el fin es porque ha cumplido con su requisito esencial si no fuera así pues los requisitos esenciales se violan cuando se desnaturalizan y quiere decir que no sea ha desnaturalizado quiere decir inclusive que el problema de los requisitos muy peligroso en su percepción en su análisis ¿a quién le corresponde valorar eso? Al juez con una labor extraordinaria no es cuestión de irse por un lado o por otro lado y esto ¿porque? Yo creo porque hay un ligamen funcional entre la forma del acto procesal y el fin hay una ligadura, una relación de causa y efecto entre la forma del acto y el fin en los tribunales se aplica (como se refleja el cedulón en aplicación (como el cedulón es la copia identidad del original que sea autentica con la firma y sello del funcionario que es el secretario o actuario, esa es una actividad, hay que tener una copia y es un acto que va desarrollar el oficial de diligencias, muchas veces el que notifica o el que cita no es el oficial sino el ayudante de este) el acto cumplía su finalidad pero no cumplía con un requisito que es la identidad física es uno de los requisitos que se exige en los actos de comunicación que hace a la esencia del acto, problema de la autoridad natural (si yo soy oficial de diligencias pero mi novia es la que va a practicar las notificaciones se cumple con todos los requisitos pero no estaba

cumpliendo con algún elemento que resulta siendo esencial pero resulta que esta logran do su fin) va al domicilio de la demandada la encuentra, le entrega la notificación porque es un acto de comunicación.



CAPÍTULO IV



17.

CAPÍTULO IV

CREACIÓN DE UN ARTÍCULO ESPECIAL PARA LA IDENTIFICACIÓN DE NULIDADES VIRTUALES

1. CREACIÓN DE UN ARTÍCULO ESPECIAL PARA LA IDENTIFICACIÓN DE NULIDADES VIRTUALES:

La determinación evidente de la existencia de nulidades virtuales en nuestra legislación procesal señala una incoherencia en la legislación civil boliviana.

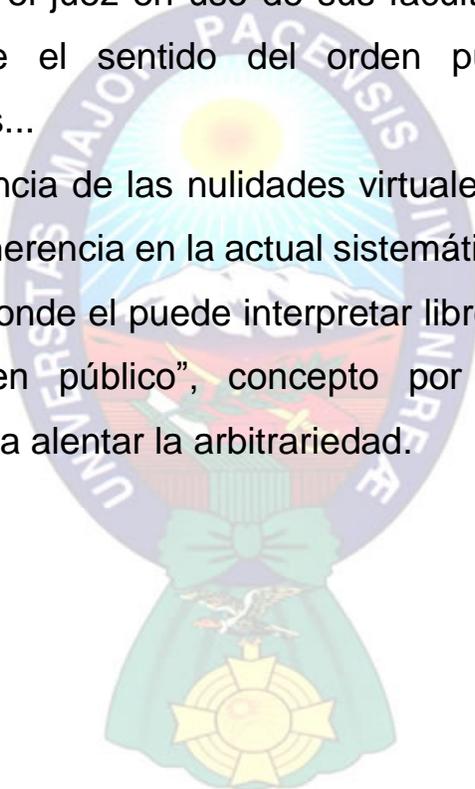
En tal sentido, el juez se encuentra seriamente limitado, no pudiendo usar su libre criterio para determinar el sentido de la norma, y menos el del término “orden público”; sin embargo al encontrarse éste tipo de mecanismos debemos concluir en una prohibición contundente de la presencia de las nulidades virtuales:

Art.- El juez no puede reconocer más nulidades que las reconocidas expresamente en el presente código.

10. CONCLUSIONES

Por lo expuesto llegamos inconfundiblemente a las siguientes conclusiones:

1. Las nulidades virtuales se fundamentan en la idea de la protección jurídica del orden público.
2. Las nulidades virtuales establecen un espacio considerable para que el juez en uso de sus facultades jurisdiccionales determine el sentido del orden público a los casos concretos...
3. La presencia de las nulidades virtuales marca un peligro y una incoherencia en la actual sistemática jurídica, al otorgar al juez, donde el puede interpretar libremente el significado del “orden público”, concepto por más ambiguo que significaría alentar la arbitrariedad.



11. RECOMENDACIONES

Debe crearse un artículo especial, donde se especifique la existencia manifiesta de las nulidades virtuales.

Lo cual facilitaría el desarrollo de nuestra sistemática procesal boliviana.



12. BIBLIOGRAFÍA

- **CLAMANDREI Piero**; “Instituciones del Derecho Procesal Civil”. Edit. “Europa - América”. Buenos Aires Argentina 1986, pp. 421.
- **DECKER MORALES José**; “24 temas de Derecho Procesal Civil”, Edit. “Cueto”. Cochabamba – Bolivia 1995, pp. 236.
- **CARNELUTTI Francesco**; “Instituciones del Proceso Civil”. Edit. “Europa – América”. Buenos aires – Argentina 1956, pp. 557.
- **CHIOVENDA Giuseppe**; “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Edit. “Cárdenas”. México D.F. México 1989, pp. 485.
- **COUTURE Eduardo J**; “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Edit. “De Palma”. Buenos Aires – Argentina 1955, pp. 503.
- **VILLAROEL FERRER Carlos Jaime**; “Derecho Procesal Orgánico”. Edit. “El original – San José”. La Paz – Bolivia 1996, pp. 478.
- **VILLAROEL José Cesar**; “Derecho Procesal Civil”. UMSA. La Paz Bolivia 2010, pp. 459.
- **VILLAROEL José Cesar**; “Derecho Procesal Orgánico”. UMSA. La Paz Bolivia 2008, pp. 680.
- **ILLANES Rodolfo**; “Derecho Procesal Orgánico”. UMSA. La Paz – Bolivia 2009, pp. 453.
- **Decreto Ley N° 12760**; “Código de Procedimiento Civil”. Edit. U.P.S. La Paz – Bolivia 2009, pp. 230.