

NULIDADES PROCESALES

POR

MANUEL URRUTIA SALAS



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

N.º 1

Santiago, 24 de Enero de 1929.

Señor Rector:

Entre las memorias para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales aprobadas con nota de distinción, durante el período reglamentario del año pasado, figura la de don Manuel Urrutia Salas titulada «Nulidades Procesales».

En vista de la nota especial con que fué aprobada dicha memoria, de la novedad del tema y de la forma en que ha sido desarrollado, solicito del señor Rector la autorización correspondiente a fin de que dicho trabajo sea incluido en los *Anales de la Universidad*.

Saluda muy atentamente al señor Rector.

(Firmado).—JUAN ANTONIO IRIBARREN.

Decano.

V.º B.º

J. CASTRO OLIVEIRA.

Rector interino.



PRÓLOGO

Las nulidades jurídicas, tan estudiadas desde el punto de vista del Derecho Civil, no han tenido en materia procesal investigadores afanosos como en aquella rama del Derecho. Solon, que especialmente escribió sobre las nulidades, apenas dedica un breve capítulo a la nulidad de los actos de procedimiento. Talvez esta poca deferencia y esta falta de literatura pueda encontrar una explicación en el escaso conocimiento que se tiene del Derecho Procesal como Ciencia, camino que no hace mucho tiempo ha seguido, bajo el impulso de los expositores alemanes e italianos que han visto en él una de las ramas más importantes de las ciencias jurídicas y que en más estrecho contacto pone al individuo con el Estado.

Por consejo de nuestro ex-profesor del ramo, don Fernando Alessandri R., emprendimos la difícil tarea de estudiar las nulidades procesales. Sus claras explicaciones nos despertaron interés por estos estudios.

Una investigación paciente del asunto, a través

del Código y de la doctrina de los autores de mayor mérito, nos ha llevado a la conclusión de que en el Código nuestro hay en esta materia un franco vacío.

Aunque sin pretensiones de legislar, nos parece que estas cuestiones deben ser consideradas en la actual reforma, y ojalá que nuestro trabajo constituya un pequeño aporte a la labor de poner al día nuestra legislación procesal.

Comienza nuestro estudio por la Ley de Procedimiento mirada en sus diversos aspectos: origen, concepto y naturaleza de ella. La retroactividad, la territorialidad e interpretación nos ocupan también un breve capítulo.

En las universidades se enseña el Cód. de Procedimiento, explicando las diversas jerarquías de tribunales, las facultades de los jueces, los diferentes procedimientos, etc., etc., y nada se dice sobre los principios que rigen a la Ley Procesal. Nos ha parecido lógico investigar primero esta materia antes de hablar de las nulidades que en ella se producen.

Pero toda actividad procesal se traduce en actos, y es entonces indispensable estudiar esos actos y conocer cuando se ejecutan en condiciones normales y cuando la falta de algún elemento les quita su valor jurídico; por eso, antes de llegar a las nulidades, estudiamos los actos de procedimiento, considerándolos frente al Derecho Civil y frente a los principios de la Ciencia Procesal.

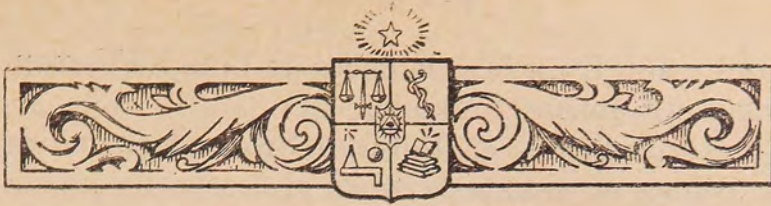
Una vez investigados estos puntos nos sentimos mejor dispuestos para entrar a la nulidad procesal; y la hemos seguido en su desarrollo a través del De-

recho antiguo y moderno, dando a conocer los diversos sistemas adoptados.

Finalmente, después de habernos formado un criterio para apreciar la verdadera labor de la nulidad procesal, entramos al estudio del Código de Proc. Civil. Pero—como hemos dicho—no hay en nuestra legislación disposiciones que reglamenten esta materia en forma científica.

Terminamos la tesis con un proyecto de 8 artículos que explican la doctrina a la luz de los principios que hemos considerado más dignos de tomarse en cuenta y más propios para nuestro medio social.

Si este trabajo, por ser el primero entre nosotros que estudia la teoría de las nulidades procesales, abre un nuevo camino de investigación al legislador anheloso de modernizar nuestros procedimientos judiciales, nos sentiremos satisfechos: es toda nuestra aspiración.



PRIMERA PARTE

LA LEY PROCESAL

SUMARIO: CAPÍTULO I. Origen de las leyes procesales. — CAPÍTULO II. Concepto del Derecho Procesal. — CAPÍTULO III. Naturaleza de las leyes procesales, derecho objetivo a que pertenecen; son de orden público?; son sustantivas o adjetivas? — CAPÍTULO IV. Objeto de la ley procesal; principios modernos que la rigen. — CAPÍTULO V. Influencia de esta ley en el tiempo y en el espacio: retroactividad y territorialidad. — CAPÍTULO VI. Interpretación.

CAPÍTULO PRIMERO

Origen de las leyes procesales

Las primeras manifestaciones de los procedimientos judiciales se hicieron sentir en el orden penal; ya porque éste apareció primero en la sociedad, ya porque lo civil estaba confundido con el delito en el concepto del daño material, lo cierto es que no se conoció en el Derecho Antiguo sino una sola acción para ambas concepciones jurídicas. Entre los romanos, la acción llamada «petitio» tenía el doble carácter que anotamos. Los pueblos poste-

riores y aún Francia, a la época de Luis XIV, mantenían esta misma confusión. (1)

Históricamente, el Derecho Procesal es uno de los últimos en manifestarse en el desarrollo jurídico de los pueblos; su existencia es posterior al nacimiento del Derecho Civil. Baste si nó observar que, existiendo el concepto de la propiedad, no había un medio legal de defenderla y era necesario muchas veces la astucia para adquirirla y conservarla. Además es corriente en el Derecho Antiguo, que a la ejecución de un hecho que produjera un daño procediera la venganza inmediata ejecutada por parte del ofendido o por la tribu: se imponía así un castigo y no una condena, que supone el cumplimiento de un fallo.

La razón de este nacimiento posterior se explica por el hecho de haberse necesitado, primeramente, un cierto desarrollo de conceptos jurídicos para que el Derecho Procesal les viniera a dar vida. *Nació entonces el procedimiento, como una necesidad jurídica de poner en movimiento aquellos conceptos que constituían el Derecho.*

Los holandeses han encontrado en una palabra el verdadero alcance de la ley procesal, llamándola «resgvordering», es decir: «derecho que avanza» (2). No se ha podido encontrar en tan corta expresión un significado más preciso y que reproduzca más fielmente la idea del procedimiento, que es un derecho dinámico, indispensable para desarrollar los principios del Derecho Civil. Este último sin el primero contendría vagas concepciones filosóficas, o sería un derecho sin sanción.

(1) Valentín Letelier, Génesis del Derecho, pág. 511.

(2) López Moreno, Proc. Civil, t. 1.º, p. 24.

Sin embargo, el procedimiento no pudo nacer como una creación arbitraria del legislador; más que en ninguna otra rama del Derecho, en ésta se ha dejado sentir la influencia de los usos, prácticas y costumbres. En un principio bastaron unas cuantas fórmulas para llenar la necesidad de los pueblos; los legisladores las han multiplicado a medida del desarrollo jurídico de la sociedad. (1)

Pero el desenvolvimiento de la Ley Procesal no ha seguido de cerca al Derecho Civil. Es de todos conocida la preponderancia que alcanzó éste entre los romanos y, sin embargo, los procedimientos eran rituales y solemnes. El atraso de esta ciencia lo explica don Valentín Letelier, atribuyéndolo a dos causas principales: (2)

1.º A que este derecho no es sino el complemento jurídico de un sistema existente de antemano; y 2.º A la práctica de la venganza como medio para obtener la reparación del daño.

Pero además hay otra causa motivo de este rezaño: la impotencia del Estado para imponer su potestad jurisdiccional. Sólo cuando se logró esta supremacía, los procedimientos empezaron a perder su aspecto solemne y religioso; mas, fué necesario que el trascurso de largos períodos de tiempo llevaran al Estado, desde su completa inacción a su predominio absoluto. El Estado Consejero y Arbitrador fué una etapa de esa transición.

No obstante de que este predominio data desde hace tiempo, el Derecho Procesal como Ciencia ha empezado a interesar últimamente, para colocarse en su verdadero lugar, abandonando el aspecto so-

(1) Seligman. Réformes de la Procédure Civile, pág. 11.

(2) Ob. cit., pág. 500.

lemne que lo hizo odioso; al punto de pensar más de alguno que los males causados por estos formulismos se evitaban suprimiendo los procedimientos. (1)

En aquella época lejana, la más insignificante omisión de una formalidad traía la pérdida del derecho; actualmente, en cambio, se sustenta como el ideal más perfecto, conseguir que ninguna litis se pierda por defectos de formas. (2)

CAPÍTULO II

Concepto del Procedimiento

En general, procedimiento es un concepto amplio que abraza toda actividad que requiera un conjunto de actuaciones previas para llegar a un fin determinado. Nosotros miramos el procedimiento desde el punto de vista del Derecho y restringido al Poder Judicial. El procedimiento administrativo no es objeto de nuestro estudio.

Desde el punto de vista indicado, el procedimiento lo consideramos «como el conjunto de normas que regulan la actuación de la ley en el proceso y, particularmente, la que regula la relación procesal». (3)

Esta definición comprende los tres elementos que actúan en el juicio: el juez, las partes y la ley; de otro modo no hay relación procesal: si falta el juez, no hay medio de ejercer la jurisdicción; si faltan

(1) Seligman, ob. cit., pág. 8.

(2) Chiovenda. Nuovi saggi Di diritto Processuale Civile, pág. 104.

(3) Chiovenda. Principios de Derecho Procesal Civil, t. 1.º p. 120.

las partes, no hay controversia jurídica; si falta la ley, no hay acción, es decir, no hay el poder jurídico de exigir el desarrollo de la potestad jurisdiccional del Estado en favor de una persona.

Esta concepción del procedimiento no es antigua; en tiempos remotos se buscaba la protección de la ley por medio de ritos que se practicaban celebrando los litigantes simulacros de batallas, en las que el actor tomaba al reo y se apoderaba de sus bienes y los traía al campo del combate. Se comprende entonces la etimología de la palabra «litigio» con que se señala el proceso moderno, vocablo que deriva su origen de «litis» que en castellano significa «lid».

El Derecho Moderno supone al procedimiento como una actividad jurídica que emana de las relaciones del individuo con el Estado.

Por eso la idea de proceso lleva envuelta la idea de la potestad jurisdiccional del Estado, en ejercicio.

CAPÍTULO III

Naturaleza de las Leyes Procesales

Bajo este aspecto estudiaremos a la Ley Procesal desde tres puntos de vista; saber el derecho objetivo que la regula, el orden jurídico a que pertenece y su valor frente al Derecho Civil.

1.º DERECHO OBJETIVO A QUE PERTENECE LA LEY PROCESAL.

Ha sido esta materia muy discutida. Los civilistas creen que se trata de una ley regulada por el Derecho Privado y no faltan tratadistas de proce-

dimiento que no crean lo mismo. Para Garsonnet, «por su naturaleza entran en el Derecho Privado», (1) en cambio, para don Valentín Letelier, «por su naturaleza es una rama del Derecho Público que nace cuando el Estado interviene en el orden jurídico y se sustituye al sagrado derecho de la venganza». (2)

Cuál de los dos tiene la razón?—A nuestro juicio, el jurisconsulto chileno, porque, si tomamos por base el hecho de que la Ley Procesal es el medio en virtud del cual el Estado ejerce su potestad jurisdiccional, no puede tratarse de una relación de Derecho Privado. El vínculo jurídico que crean los actos de procedimientos no es de interés particular, porque no tiene lugar entre los litigantes entre sí, sino entre éstos y el Estado, que actúa, no como una persona jurídica de Derecho Privado, sino como una entidad de Derecho Público. (3)

Y por eso la ley procesal no puede ser objeto de un convenio anticipado, antes de que actúe en un proceso.

Espasa en su Enciclopedia incluye a los actos judiciales en el Derecho Público, y como éste, otros autores opinan también que la ley procesal, reguladora de los actos judiciales, no crea una relación de Derecho Privado, sino un vínculo *sui generis*, que participa de ambos caracteres, con predominio del Derecho Público. Es esta la opinión que mejor ca-

(1) Garsonnet y Bru. *Traité de Procédure Civile et Commerciale*, t. 2.º, p. 79, N.º 42, y Glasson *Procédure Civile*, p. 10, t. 1.º

(2) Ob. cit., pág. 500.

(3) Lascano. *Nulidades de Procedimiento*, pág. 27.

racteriza la Ley Procesal, porque ella regula más o menos inmediatamente una actividad pública.(1)

2.º ORDEN JURIDICO A QUE PERTENECE LA LEY PROCESAL.

Bajo este aspecto se ha discutido por los juriscultos la fisonomía de la Ley Procesal. La jurisprudencia ha emitido diversas opiniones contradictorias. «Todas las leyes relativas a los procedimientos judiciales—dice un fallo de nuestra Corte de Apelaciones—han sido dictadas en virtud de consideraciones de orden público y no es aceptable, por lo tanto su renuncia» (2). Otras veces se ha resuelto que pueden renunciarse las formalidades de los juicios, «porque se han establecido en el interés privado de las partes». (3)

Esta diversidad de opiniones tiene por causa— a nuestro juicio—dos motivos principales: la diversidad de criterio acerca del orden público y la falta de doctrina del Derecho Procesal como Ciencia.

El orden público, en sentido lato, lo constituye el conjunto de normas que pretenden el bienestar de la colectividad y, en este sentido, todas las leyes tienen esta significación; pero no quiere decirse con ello que el Estado no regule también su actividad en beneficio exclusivo de las partes para ponerlas a cubierto de las arbitrariedades judiciales y facilitarles la defensa.

(1) De esta opinión Chiovenda, pág. 122, t. 1.º Tissier Centenaire del C. de Proc. Civ., p. 45. Mattiolo, Rocco, Mortara, etc., (citaremos sus obras en el curso de este trabajo).

(2) Sentencia de 7 de Agosto de 1908. (Rev. t. 5.º, S. 2. p. 151).

(3) Concep. ap. G. 1878 Dic., Ravest, p. 78, N.º 147.

Para determinar con mayor exactitud el verdadero valor de la Ley Procesal no debe perderse de vista la consideración de que en ellas se desarrolla una doble actividad: la del juez y la de las partes. El conjunto de estas dos potencias ponen en movimiento a la Ley Procesal: el juez representa el Derecho Público; las partes el Derecho Privado. Por eso que esta ley tiene un carácter *sui géneris*.

Mirado en esta forma el asunto se llega a concluir que antes de actuar en un proceso la Ley Procesal es de orden público; no admite convenios extrajudiciales, porque no ha entrado al patrimonio del individuo y mal puede renunciarse un «derecho de defensa», cuando la otra parte no ha ejercitado el «derecho de acción».

Mientras las leyes no entren al patrimonio del individuo, decía don Leopoldo Urrutia—en su clase de Derecho Civil—son de orden público cualquiera que sea su naturaleza. (1)

Consecuente con esta conclusión, pensamos que no puede renunciarse al alegato de bien probado en un juicio, ni a que se trabe embargo y se dé por requerido al deudor, ni a ningún acto de procedimiento antes de que entre el actor y el reo haya nacido una relación procesal. (2) Si no fuera así, la renuncia anticipada del derecho de defensa sería común

(1) Don Isidro Salas—ex-Ministro de la Corte Suprema—opina como nosotros en este punto y nos manifestó que lo había resuelto en una sentencia de hace años, cuando era juez de primera instancia. Sentimos no haber encontrado ese fallo que fué revocado por la Corte.

(2) La única estipulación válida es la que se hace sobre la competencia relativa. La Ley Orgánica expresamente acepta esta renuncia (art. 240).

y corriente y tal actitud echaría por tierra las garantías que el legislador buscó en la creación de los procedimientos: la Ley Procesal dejaría de ser una necesidad jurídica.

Concebida en esta forma, el orden público actúa en la Ley Procesal, recorriendo una escala del máximo al mínimo, según exista o no el juicio y según sea la calidad del derecho que regula. El máximo de ese interés está en las leyes de la jurisdicción y en toda ley de procedimiento antes de actuar en el juicio, y en ciertas leyes, como las que reglan la competencia absoluta que admiten declaración de oficio, mientras dure el proceso; sin que pueda hacerse esta declaración una vez ejecutoriado el fallo definitivo, y, finalmente, un mínimo de ese interés está en las leyes que reglan el proceso, estableciendo trámites y formalidades en beneficio directo de las partes.

Pero aún en este caso pensamos que el interés público nunca se pierde del todo, pues para que tenga valor un acto nulo, es necesario que hayan trascurrido todos los plazos dentro de los cuales la parte pudo ejercer su derecho a pedir la nulidad. Por esto afirmamos que el orden público nunca se pierde del todo y cuando se declara que al no ejecutarse un derecho se entiende la voluntad de renunciarlo, se exige la concurrencia de ciertos requisitos que supongan la renuncia: es la medida en que el orden público tutela el interés individual.

Por eso, cuando se sostiene que las leyes procesales son de orden público, no se quiere significar que sus principios están regidos por leyes absolutas. Tal concepción importaría desconocer la verdadera labor de la Ley Procesal. Pasó el tiempo en que los

procedimientos eran—en el decir de Pícard—«una misa jurídica». Hay pues muchas leyes de procedimiento dictadas en el solo beneficio de las partes quienes pueden renunciarla sin lesionar el orden público.

Saber cuando es renunciable un derecho no es cosa fácil que se determine en forma que sirva de regla general; lo que en ciertos casos puede renunciarse, no podrá hacerse en otros, dada la concurrencia de nuevas circunstancias.

El mismo orden público que prohíbe una renuncia, la acepta como válida en determinadas ocasiones. Y así, aunque la incompetencia absoluta es de aquellas normas que no admiten prórroga de jurisdicción, si en el proceso ha recaído sentencia ejecutoriada, no habrá recurso en su contra y la cosa juzgada aparecerá como la verdad legal. Si por una parte el orden público exige que un juez no conozca de ciertos asuntos, este mismo interés se opone a que conocido ese asunto se resuelva dos veces, a pretexto de la prohibición de fallar. Si tal sucediera, el valor de las sentencias sería nulo, y el poder jurisdiccional del Estado aparecería como un principio inútil. (1)

Las múltiples circunstancias en que puede pro-

(1) Podría decirse a este respecto que el Estado defiende una sola vez al individuo y si éste no aprovecha esa defensa, pierde el poder de ser protegido nuevamente por la ley, porque a ello se opone el derecho del contrario, que ha solicitado también esa protección, y que el Estado se la ha reconocido en una sentencia: no puede éste deshacer lo hecho por él mismo, en beneficio de uno, para dárselo a otro que en las mismas condiciones de aquél no llegó a obtener la declaración de su derecho, por cualquier causa.

ducirse un acto dificulta la consagración de una regla general; sin embargo los tratadistas distinguen tres categorías de leyes: (1)

- 1) Leyes de la organización judicial;
- 2) Leyes de la competencia; y
- 3) Leyes que regulan el procedimiento.

Las primeras no necesitan de mayores comentarios para concluir que son leyes de orden público, por cuanto organizan el Poder Judicial; pertenecen a la categoría de las leyes políticas, es decir organizadoras, y quedan en consecuencia dentro del concepto que tiene Domat de las leyes de orden público. (2)

En las segundas, hay que hacer un distinguo entre leyes de la competencia absoluta y leyes de la competencia relativa. Aquéllas fijan las diversas jerarquías o clases de tribunales, atribución que sólo tiene el legislador, son por lo tanto de orden público; las otras miran el interés de las partes en cuyo beneficio la ley las ha establecido. A su respecto es admitida la prórroga de jurisdicción. (3)

(1) Esta división la hace Cuche. Proc. Civile, p. 15 Garsonnet, ob. cit., pág. 72, t. 2.º, Glasson, p. 10, t. 1.º, edic. 1908.

(2) Para Domat éstas son «las llamadas leyes del Estado, las que regulan la distribución y funciones de los cargos públicos, las que conciernen a la policía de las ciudades y otros reglamentos públicos. Traité de lois, cap. IX, p. 345, Cit. de Lascano, pág. 16.

(3) «Prorrogar la jurisdicción, equivale a extenderla más allá de sus límites ordinarios; pero es por sí evidente que no se puede prorrogar la jurisdicción *de quien no la tiene*, por lo que la prórroga sólo puede hacer relación a la competencia, no a la jurisdicción». (Mattirolo, Instituciones de Derecho Procesal Civil, t. 1.º, pág. 11 (Edición castellana).

Donde la discusión se ha hecho más frecuente es en las leyes que reglan el procedimiento, que establecen los modos de actuar de la Ley Procesal.

No todos los autores se pronuncian en forma precisa respecto de estas leyes. Cuche se limita a decir que en los casos en que afecten los derechos de un tercero no pueden ser renunciadas. Así por ejemplo,—dice—sería nulo el remate de un bien raíz cuyo embargo no se ha inscrito, porque en tal caso no habría embargo válido y menos remate válido. (1)

Nuestro Cód. no contiene al respecto una declaración expresa como lo hace el Cód. Argentino que en el art. 80 dice: «Las leyes de procedimiento son de orden público y sólo renunciables en los términos de los arts. 19 y 21 del Cód. Civil». (2)

El Cód. Civil en el art. 12 dispone que se «podrán renunciar los derechos conferidos por las leyes *con tal que miren al interés individual del renunciante* y que no esté prohibida su renuncia». Por ser este artículo una regla general, cabe aplicar el mismo concepto a las leyes de procedimiento; pero tal como está concebida la norma, deja abierta la discusión para saber en un caso concreto si mira al interés individual o nó. Por eso el Cód. Español dispone que «la renuncia de las leyes, en general, no

(1) Ob. cit.

(2) Esta disposición ha sido muy combatida por los procesalistas argentinos, porque con el agregado de los arts. del Cód. Civil, se hacen renunciable cuando miran al interés particular, lo que está en contradicción con el principio que se pretendió establecer. Lascano, ob. cit., pág. 21.

surtirá efectos», con lo que se evita la discusión fácilmente posible en nuestro Código. (1)

La jurisprudencia de nuestros Tribunales no ha tenido un concepto único; pero actualmente se nota un marcado propósito de no hacer aplicable a la Ley Procesal las nulidades de las leyes de fondo.

Como hemos visto, no es tarea fácil determinar cuándo una ley es de orden público, porque este concepto es relativo y depende muchas veces de las necesidades y de la idiosincrasia de cada país, en un momento dado de su desarrollo político. Pero mirada la cuestión bajo el punto de vista del Derecho Positivo, el orden público lo constituyen aquellas normas que satisfacen las necesidades supremas del Estado. (2) Y como el procedimiento tiende a la satisfacción de estas necesidades, en su esencia, y mirado como la manera de poner en movimiento la potestad jurisdiccional del Estado, es de orden público y sus reglas no son meramente dispositivas: sin perjuicio—como lo hemos manifestado—de que en muchos casos tutele el Estado el interés particular y entonces dependa el ejercicio del derecho de la voluntad de las partes.

Qué criterio debe adoptar el legislador al respecto?—Hay quienes creen que debe establecerse el principio de que todas las leyes procesales son de orden privado, señalándose al mismo tiempo las excepciones. (3) y otros, por el contrario, creen que

(1) Art. 4.º García Goyena, comentando este art. dice que el legislador, al darle esa redacción, trató de evitar, precisamente, que se discutiera si una ley miraba o no al interés público. Concordancias del Cód. Civil Español, t. 1.º, pág. 17.

(2) Lascano, ob. citada.

(3) De la Colina, Derecho y Legislación Procesal, t. 1.º, pág. 410 y sgts.; Rodríguez, Comentarios al Cód. de Proc. en mat. civ. y Com. t. 1.º, pág. 44.

se debe consignar el principio de que las leyes procesales son de orden público, sin perjuicio de establecer la renuncia en casos determinados. (1)

Es preferible, para evitar las discusiones de doctrina, que la ley no contenga una declaración expresa que determine la norma general a que deben someterse las leyes procesales: basta que se reglamente en forma científica la teoría de las nulidades y se prevengan los vicios que dañen las formas del procedimiento.

3.º LAS LEYES PROCESALES FRENTE AL DERECHO CIVIL

El jurisconsulto inglés Bentham llamó a las leyes procesales «leyes adjetivas» en contraposición a las del Derecho Civil que las denominó «leyes sustantivas». (2)

Esta clasificación, aparentemente exacta, no obedece a principios jurídicos, y por eso, mientras don Valentín Letelier ve en ella una profunda filosofía, (3) López Moreno la encuentra poco precisa, pues esta diferencia obedece a un concepto gramatical más que de Derecho. (4)

En realidad, entre las leyes procesales y civiles, no existe la relación que hay entre la sustancia y la cualidad, porque ésta es un estado especial del sustantivo y la Ley Procesal no es un estado de la Ley Civil. Es otra ley.

(1) Silgueira Proc. judiciales, págs. 13 y 14 (cit. de Lascano).

(2) Bentham. *Vüe generale d'un corps complet de legislation*, t. 1.º, pág. 286.

(3) Obra citada.

(4) López Moreno, *Procedimiento Civil*, t. 1.º, pág. 24.

Si bien es cierto que la Ley Procesal no puede existir sin la Ley Civil, no quiere decir que aquéllas constituyan una cualidad, porque sus principios son autónomos y tienen otras bases y parten de otros puntos de vista. La Ley Civil pone en contacto a los individuos entre sí, y la Ley Procesal pone a los individuos en contacto con el Estado, a quien recurren para que se les reconozca su derecho civil.

Por eso, emplear como sinónimo de Ley Procesal, ley adjetiva, no es expresar un concepto rigurosamente exacto; ni tampoco lo es, decir que se trata de una ley formal.

«Aunque normalmente se contraponen la ley sustancial a la Ley Procesal—dice Chiovenda—*sería erróneo creer que las segundas tienen siempre carácter formal*, porque garantizan un bien de vida que frecuentemente no podrá conseguirse sino en el proceso y derivado de ella». En toda condena, sentencia «de declaración, proceso documental o « monitorio, embargo, ejecución sobre títulos con-
« tractuales, etc., existe como base expresa o tácita una norma que concede las correspondientes
« acciones, que dispone por ejemplo, quien tiene un
« crédito en estado de incumplimiento tiene el poder de pedir una sentencia de condena, quien se
« crea acreedor de una letra de cambio vencida tiene la facultad de pedir la ejecución inmediata, y
« así, en casos análogos. *Existe pues, un Derecho
« Procesal, sustancial, formal*». (1)

La palabra del procesalista italiano nos confirma la conclusión de que la Ley de Procedimiento

(1) Chiovenda. Principios de Derecho Procesal Civil, edic. esp., t. 1.º, pág. 122.

no es un accidente de la Ley Civil y no puede entonces tratarse de leyes adjetivas.—Preferimos la calificación de Fábrega que denomina al Derecho Procesal «derecho sancionador». (1) No pueden ser estas leyes simples concepciones de formas, porque en sus preceptos hay principios, que podríamos llamar sociales o de Derecho Universal; tales son, por ejemplo, los que ordenan que nadie pueda ser condenado sin ser oído; todos tienen derecho a rendir sus pruebas, las partes deben litigar bajo un mismo nivel de protección legal, etc., etc., materias que no son de un mero carácter formalista.

Por estas razones concluimos que la Ley Procesal no es adjetiva, porque tiene autonomía propia que la hace diferente a la Ley Civil, pues no sólo se trata de una ley formal, sino que a veces es creadora de derechos procesales; pero siempre es una ley sancionadora del Derecho Civil.

CAPITULO IV

Objeto de la Ley Procesal

Las leyes procesales persiguen un evidente fin social; establecen la forma en que las partes deben reclamar sus derechos y miden la actividad que debe asumir el juez como representante del Estado.

Es tal su importancia, que se le atribuye el valor de una verdadera ley política. (2)

El procedimiento tiene también un fin próximo, que se traduce en facilitar a los litigantes el acceso a los tribunales y proporcionarles sistemas que hagan más fácil y expedito el ejercicio de sus derechos.

(1) Fábrega y Cortes. *Proced. Judic. y práctica forense*.

(2) Faustín Hélie. *Traité de l'Instruction criminelle*, t. 1.º, p. 9 (cit. de Letelier).

Desde un punto de vista más elevado, el procedimiento democratiza el Derecho, porque lo hace al alcance de todos y evita las arbitrariedades, al punto de que «sólo es posible el despotismo donde falta en absoluto la Ley Procesal». (1)

De aquí que en Derecho Procesal puedan formularse dos principios básicos: todo acto debe ajustarse a un procedimiento y toda inobservancia acarrea nulidad.

Pero a estas bases, el Derecho Moderno ha debido agregar otras exigencias que hacen de la Ley Procesal la garantía que ha buscado el legislador.— Estas son:

a) *El principio lógico* que persigue en lo posible evitar el error a la vez que proporcionar el camino más seguro de llegar a la verdad.

b) *El principio jurídico* que persigue la igualdad absoluta de los contendores.

c) *El principio político* que persigue la máxima garantía social con el mínimo de sacrificio individual de la libertad.

d) *El principio económico* que trata en lo posible de no recargar los impuestos. (2)

A estos principios, el tratadista italiano ya citado, agrega el de la «economía de los juicios», que consiste en la aplicación del *minimum medio* de la actividad jurisdiccional y no solamente en el pro-

(1) Letelier ob. cit.

(2) Chiovenda ob. cit. Autores antiguos opinaban que el Estado no debía cobrar impuestos por los procesos. «Dans un bon système de procédure, l'Etat ne devrait donc percevoir aucun impôt sur les procès. Seligman ob. cit., p. 65. Pero tal afirmación se contradice con la base de subsistencia de los Estados Modernos: los impuestos.

ceso, sino también en cuanto a otros procesos en su recíproca relación: «conviene obtener el resultado máximo de la actuación de la ley con el menor empleo posible de la actividad jurisdiccional».

Estas bases hacen consistir al procedimiento moderno, en principios sencillos, que si fuera posible, reconocieran a las partes sus derechos con la sola presentación al órgano jurisdiccional. La mayor o menor amplitud que se dé a estos conceptos depende del país en que se aplican; los que conciben el Estado como la delegación de la voluntad del pueblo, dejan en manos del juez un mayor poder de apreciación. En Alemania y Austria, que es donde la teoría del Derecho Libre se ha abierto un camino más amplio, pueden los jueces, de oficio, enmendar un procedimiento y anular los actos que consideren perjudiciales a las partes.

CAPITULO V

Influencia de la Ley en el espacio, o territorialidad

Por regla general, la Ley Procesal actúa dentro del territorio del Estado. El principio *locus regit actus* se conserva incólume; por excepción alcanza la Ley Procesal a territorios extranjeros. Un ejemplo se tiene en el art. 2.º del Cod. de Proc. Penal que enumeró los casos en que la ley chilena rige en países extranjeros. En materia civil no hay disposiciones que puedan aplicarse en otros territorios. Sin embargo, al hablar del cumplimiento de las resoluciones judiciales, en forma indirecta el legislador exige que se respeten los principios de nuestro Código; para cuyo efecto exige que las resoluciones extranjeras que se quieran cumplir en Chile no contengan nada contrario a nuestras leyes, que no se opongan

a la jurisdicción nacional, que no se hayan dictado en rebeldía y que estén ejecutoriadas conforme a la ley del país de procedencia (art. 242).

Pero la regla general es que la territorialidad de las leyes de procedimiento se extiende únicamente al país o territorio nacional. Y en todo caso la regla ante dicha se refiere a resoluciones que deban producir efecto en Chile. Sobre la aplicación de nuestra ley en otros países no puede disponer el Código de Procedimiento, que reglamenta la actividad de las partes ante los Tribunales chilenos. De otro modo se menoscabaría el poder jurisdiccional de los estados extranjeros, que es un tributo de su soberanía.

Efectos de la Ley Procesal en el tiempo, o retroactividad

El art. 24 de la ley de efecto retroactivo de 7 de Oct. de 1861 dispone que: «Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación».

Distingue nuestra ley, entre actos que han empezado a ejecutarse y actos que no han sucedido a la época de dictarse la nueva ley.

Los primeros se rigen por la ley vigente a la época en que ha empezado a ejecutarse el acto o a correr el término legal. Esta regla se aplica con mayor razón a los actos cumplidos. (1)

La regla general es entonces que la Ley de Pro-

(1) En Italia se ha resuelto que los actos realizados no se rigen por el nuevo arancel. Corte de Florencia y Nápoles; en contra, Palermo (Chiovenda ob. cit.).

cedimiento no causa perjuicios a los derechos adquiridos; (1) lo ejecutado bajo una ley no pierde su valor ante la nueva ley.

Sin embargo, un carácter especial de las leyes procesales es su retroactividad, pero sólo en cuanto a las formas y a los plazos; en éstos no hay derechos adquiridos y así, si se empieza un juicio bajo una ley y se termina bajo otra, deberá fallarse de acuerdo con la última, lo que importa producir, en ciertos casos, efecto sobre actos realizados. (2)

En estos casos se aconseja la adopción de un sistema intermedio y dividir los actos en períodos, de tal manera que los actos ejecutados se rijan por la ley antigua y los nuevos por la última ley. (3) Generalmente la nueva ley resuelve las dificultades que presenta su aplicación.

Se señala como una excepción a la regla, la ley que rige las nulidades, éstas no tienen nunca efecto retroactivo y por lo tanto la nueva ley que declara nulo un acto que no reúna tales o cuales condiciones, debe aceptar la validez de los ejecutados bajo la ley antigua que no contenía esas exigencias. (4)

El principio de que las leyes no disponen sino para el futuro, en materia procesal se aplica únicamente a las leyes de la prueba. (5)

La interposición de los recursos se rigen por la

(1) Gas. G. 1903, t. 2, p. 1113, S. 2290 (3 v. en c.).

» G. 1903, t. 2.º, p. 1121, S. 2297.

(2) Glasson, *Procedure Civile*, t. 1.º, p. 15. Garsonnet, t. 2.º, pág. 85.

(3) Chiovenda, *ob. cit.*

(4) De la Colina, *ob. citada*, p. 412 N.º 439. Glasson, t. 1.º, pág. 12.

(5) Garssonnet, *ob. cit.*, t. 2.º, pág. 84, N.º 44. *Jurisp. Besancon*, 18-III-1896, en cuanto a la admisibilidad, pero no en cuanto al modo de proceder. *Bonnier, Des Preuves* N.º 925 y 926.

ley nueva, es decir, por aquella que esté en vigor a la época del recurso o por la ley vigente a la época de dictarse la sentencia? Esta cuestión ha motivado discusiones, pero los tribunales franceses han acogido generalmente la última doctrina. (1)

CAPITULO VI

Interpretación

No hay normas especiales de interpretación aplicable a la Ley de Procedimiento y el título preliminar del Cód. Civil, rige entre nosotros en toda su amplitud.

De todos modos Solón da algunas reglas que se aplican de preferencia a la Ley Procesal; pero que no difieren en mucho de las reglas generales de interpretación de las leyes. (2)

Estas son: *a*) la naturaleza del acto o del hecho prohibido bajo tales o cuales condiciones; *b*) las consecuencias que resultan de mantener el acto o su anulación; en la duda es mejor lo más justo. (3)

Las otras reglas son semejantes a las del Derecho Civil y consignan principios conocidos, como el que aconseja el tenor literal de la disposición cuando el sentido de la ley es claro, el significado que se le dé en atención a la ciencia o arte, etc., etc., Arts. 19 a 24 del Cód. Civil.

Algunas reglas especiales de interpretación las daremos a conocer cuando tratemos de la ley prohibitiva.

(1) Besaçon, 25-I-1810; Toulouse, 22-III-1819; Lyon, 5-III-1841; Cas. 14-VIII-1848. Aubry y Rau, t. 2.º, p. 107, cit. de Garsonnet, p. 85, nota 7, t. 2. Se sostiene en contra que debe aplicarse la ley existente a la época de la notificación que hace correr el plazo para interponer el recurso. Dijon, 25-II-1863; París 25-II-1864. (cita precedente).

(2) Solón. Théorie sur la nullité, t. 1.º, p. 210.

(3) Dumoulin citado por Solón; cita anterior.



SEGUNDA PARTE

DE LOS ACTOS PROCESALES

SUMARIO: CAPÍTULO VII. *Generalidades*. Actos y hechos jurídicos. Requisitos de validez de los actos. Actos del Derecho Civil.—CAPÍTULO VIII. *Actos del Derecho Procesal*. Diferencias de los actos de procedimiento con los actos civiles. Caracteres de los actos de procedimiento. El acto procesal propiamente dicho. La relación jurídica procesal: nacimiento, desarrollo, naturaleza y transformación de la relación procesal.—CAPÍTULO IX. *Clasificación de los actos procesales*. Clasificación de Garsonnet; clasificación de Chiovenda. División que facilita el estudio en nuestro derecho: a) atendiendo a las personas que actúan en el juicio; b) a la época en que se ejecutan; c) a la jurisdicción; d) a la clase del Tribunal.—CAPÍTULO X. *De las formas procesales*. Requisitos sustanciales y accidentales: definición de Pisanelli, Mattiolo, Glasson y Solón; objeciones a la teoría.

CAPITULO VII

Generalidades

Se ha sostenido por algunos que los actos del Derecho Procesal no son actos jurídicos. Para demostrar el error de esta doctrina y partir de una base sólida que nos permita asegurar las conclusiones,

haremos un breve estudio de los actos jurídicos en general, y en seguida de los actos del Derecho Civil y Procesal.

ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS

Se define el acto jurídico, diciendo que es aquel «realizado por una o más personas con el fin de producir efectos jurídicos». De la definición se desprende un requisito indispensable para la gestación del acto jurídico: la voluntad. Este principio lo consagra el art. 1437 del Cód. Civil al establecer que «las obligaciones nacen, ya del *concurso real de voluntades* de dos o más personas, como en los contratos y convenciones, ya del *hecho voluntario* de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado».

Hay pues que hacer un distingo entre los actos y los hechos jurídicos; entre uno y otro concepto existe la diferencia de la voluntad, que es primordial en los actos y no lo es siempre en los hechos. Por eso los hechos jurídicos forman el género y los actos, la especie.

El acto jurídico tiene por fin modificar o extinguir un derecho; su existencia está subordinada a la voluntad del legislador, quien puede darle o nó el carácter de jurídico a un hecho o a un acto, pues, —como dice don Valentín Letelier—«no hay actos jurídicos que los sean por naturaleza»: es la sanción legislativa la que les da este carácter. En sentido lato, acto y hecho jurídico toman la denominación genérica de «actos jurídicos» (1)

(1) Garsonnet comprende bajo esta denominación, los actos jurídicos, ob. y vol. cit.

Los alemanes llaman el acto jurídico «asunto de derecho», concepto análogo al «*negotium*» de los romanos; de donde se ha sacado la expresión «*negotium juris*» que emplean los autores para denominar especialmente los actos jurídicos del Derecho Civil.

Una gran variedad pueden revestir estos actos y se les ha clasificado desde diversos puntos de vista. A nosotros nos interesa la clasificación que ha considerado la forma y el Derecho Objetivo que los regula; y así podemos hacer el siguiente cuadro: (1)

En cuanto a la forma: solemnes y no solemnes.
—Los solemnes, en públicos y privados. Los públicos, en judiciales, gubernativos y notariales; los privados, en escritos y verbales.

En cuanto al Derecho Objetivo que los regula los actos pueden ser: de *Derecho Público* y de *Derecho Privado*. Los primeros en administrativos y *judiciales*; los segundos en civiles y mercantiles.

Según este cuadro el acto procesal es un acto solemne, de *Derecho Público*.—Sobre el particular nos extendimos al hablar de la *Ley Procesal*.

REQUISITOS DE EXISTENCIA Y REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS ACTOS

Todo acto jurídico necesita la concurrencia de ciertas condiciones para que pueda reputarse existente y válido. De aquí la diferencia entre condiciones de existencia y condiciones de validez. Nuestro Código no se refiere en forma expresa a la

(1) Espasa. Dic. Enciclop. Actos.

inexistencia y es materia que discuten los estudiosos con diversidad de criterio, opinando algunos que la inexistencia jurídica se desprende de ciertos artículos del Código, y que al reglamentarse la nulidad sólo se ha hecho referencias al objeto y causa ilícita y a la falta de formalidades, y no a la falta de objeto y a la falta de causa que son, precisamente los requisitos que al faltar producen la inexistencia jurídica del acto. (1) Otros creen que la nulidad y la inexistencia están confundidas en el Código en las causales de nulidad. (2)

En estricto derecho se puede distinguir entre una y otra situación, y es fácil apreciar las siguientes diferencias:

1.^a En el acto inexistente falta algún requisito para que éste nazca, mientras que en el acto nulo concurren todos los requisitos; pero uno o más de ellos están afectados de un vicio de nulidad absoluta o relativa.

2.^a El acto inexistente no necesita de una aclaración judicial que lo constate; es algo que no alcanzó a nacer; en cambio, en el acto nulo, dicha declaración es indispensable. El acto inexistente es un acto muerto y como la nulidad mata el valor jurídico de un acto, se concluye que la inexistencia no necesita declaración judicial, porque, en el decir de Planiol, importaría matar a un muerto. (3)

3.^a El acto nulo puede sanearse y validarse por el transcurso del tiempo y aún ratificarse. El acto inexistente no es susceptible de tales modificacio-

(1) Arts. 1681 y 1682. Véase Teoría de las Nulidades. Enrique Rossel, Memoria de prueba, p. 39.

(2) y (3) Arturo Alessandri. Apuntes de clase.

nes, porque sólo puede sanearse, ratificarse o validarse lo que existe o tiene un principio de existencia, pero nó lo que no existe. (1)

En el Derecho Antiguo los actos jurídicos estaban sometidos a rigurosas ritualidades; hoy día domina una marcada tendencia al consensualismo, sin desconocer en absoluto la enorme importancia de las formas que, como lo ha dicho un autor, es la salvaguardia de los derechos.

ACTOS DEL DERECHO CIVIL

Son conocidos comunmente bajo la denominación de «*negotium juris*». Nuestro Código no ha establecido al respecto una diferencia, apreciable a primera vista, entre las causales de nulidad y de inexistencia; no obstante que de sus artículos se desprende la inexistencia—como ya lo manifestamos. Pues bien, para que exista un acto jurídico civil es necesario el consentimiento, el objeto y la causa. La falta de algunos de estos elementos produce la inexistencia jurídica.

Puede suceder que concurren estos requisitos, pero todos o algunos de ellos están viciados de nulidad; para estos casos el Código Civil da la regla que son «nulidades absolutas las producidas por un objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o es-

(1) Sobre la inexistencia en materia civil y sus diferencias con las nulidades de orden público, véase un importante trabajo publicado en la Revue trimestrielle de Droit Civil, tomo VIII, año 1914, p. 33 a 67.

tado de las personas que los ejecutan o acuerdan», art. 1682.

Cuando se trata de actos sometidos a solemnidades, es necesario que éstas se cumplan para que el acto tenga valor jurídico. Se ha discutido si la falta de formalidades trae como consecuencia la inexistencia jurídica o la nulidad absoluta. En doctrina pura, parece que las formalidades de los actos civiles no tienen más efecto que el de darle eficacia legal al acto ya nacido. Pero se debe aceptar que al exigir el Código la concurrencia de formalidades, ha querido establecer que ante los ojos de la ley, el cumplimiento de esas formalidades será el único medio de acreditar el acto. Sobre esta materia no nos extenderemos, porque no es el objeto de nuestro estudio.

CAPITULO VIII

Actos del Derecho Procesal

En esta parte estudiaremos los actos judiciales, es decir, aquellos que se ejecutan por ministerio del juez. Espasa los define diciendo que son aquellos «que realizan los jueces y tribunales en su carácter de tales y las partes que comparecen ante ellos». (1)

Nuestro Código les da el nombre genérico de actuaciones, término que no sólo comprende la ejecución del acto mismo sino también su constatación en el proceso.

En un principio los actos de procedimiento fueron orales; pero cuando en la civilización romana

(1) Dic. Enciclopédico. Actos.

apareció la escritura, los actos de procedimiento pasaron a ser escritos; no obstante, en la Edad Media, hubo un retroceso y se volvió nuevamente a la oralidad y aún a la tramitación secreta.

Nuestro Código sigue la regla general del Derecho Moderno y los actos procesales son escritos, se practican en días y horas hábiles y en audiencias públicas y, en determinados procedimientos, se ejecutan actos orales; pero en todo caso debe dejarse constancia de ellos en una acta; (1) en otros juicios, por razones de interés social, se puede permitir que la tramitación sea mantenida en reserva; pero se requiere autorización judicial. (2)

DIFERENCIAS DE LOS ACTOS PROCESALES CON LOS ACTOS CIVILES

Hay entre los actos procesales y civiles diferencias apreciables que permiten a los primeros una

(1) Las cuestiones relativas a la administración de los bienes embargados o a la venta de las especies muebles sometidas a deterioros o corrupción, etc., se sustanciarán en audiencias verbales. arts. 502 a 564. El Proc. de Menor Cuantía (de mínima según el decreto ley 363) es también un procedimiento oral, pero en la práctica se transforma en un sistema de certificados del Secretario. La parte comparece ante él y le expone el asunto, se levanta un acta que se encabeza diciendo: «Compareció don N. N. y expuso, etc.»; el juez dicta entonces la providencia correspondiente.—Pero la intención del Cód. fué que la parte compareciera ante el juez y verbalmente le contara el caso y éste dictara una resolución. En estos procedimientos «se prohíbe presentar escritos» art. 864, Sent. del 7.º Juzg. de Menor Cuantía. 16 Enero 1928. Salinas con Soto.

(2) Divorcio y Nulidad de matrimonio, art. 930.

gestación regida por principios propios que les hacen inaplicable la nulidad de que trata el Código Civil. Algunos han pensado de que no se aplican esas nulidades, porque no son actos jurídicos; pero tal aseveración carece de base y puede afirmarse sin lugar a dudas, que los actos de procedimiento son actos jurídicos, porque este término es amplio y comprende no sólo las actividades jurídicas de índole privada, sino también las de Derecho Público.

Por qué entonces los actos de procedimiento no van a ser actos jurídicos?—Como todos los actos de esta índole, crean una relación de Derecho y tan fuerte, que las partes no pueden sustraerse a ella, porque en tal caso el Poder Jurisdiccional del Estado exige su respeto. Son pues, actos jurídicos, pero de una índole diversa a las del Derecho Civil, porque la relación que crean no es de Derecho Privado.

Cuando estudiemos la relación jurídico procesal veremos sus caracteres propios y la enorme diferencia que existe entre ella y el vínculo de derecho que nace de las obligaciones y contratos del Código Civil. Veamos primero el carácter de los actos de procedimiento.

CARÁCTER DE LOS ACTOS DE PROCEDIMIENTO

1.º Los actos procesales, por regla general, están sometidos a plazos, exigencia que ya los hace diferentes a los Derechos Civiles porque estos no tienen un término preciso para su ejecución. No les rige la condición de ser ejecutados dentro de un espacio

de tiempo, como es el que marca la demanda y la sentencia.

Además los actos procesales están sometidos a ciertas condiciones de lugar y deben ejecutarse ante el juez de la causa y en el lugar asiento del Tribunal.

Hay, sin embargo, ciertos actos que pueden ejecutarse sin sujeción a estas reglas y sin que intervenga el juez, tales son por ejemplo las notificaciones, requerimientos, exhortos, oficios, etc., que se practican por los oficiales ministeriales; pero siempre deben ser ordenados por el tribunal que conoce del negocio (art. 73).

2.º *Los actos procesales deben ser suscritos en lengua castellana.*—No lo dice expresamente el Código, pero es una condición esencial que no necesitó expresarse. Indirectamente se deduce de algunos arts., el 384 v. gr. establece que los documentos redactados en lengua extranjera se mandarían traducir por un perito que el tribunal designe. Es lógico que si esto se exige para los documentos, con mayor razón deberá exigirse para los escritos (1)

3.º *Los actos deben practicarse en días y horas hábiles.* (2) Viene esta exigencia desde el Derecho Romano que distinguió los días fastos de los nefastos. El art. 62 dispone que son días hábiles los no feriados y son horas hábiles las que median entre la salida y puesta del sol (3)

(1) La Corte Suprema declaró inadmisibile un recurso de casación por haber sido escrito en esperanto. (Apuntes de clase).

(2) Entre los francos los plazos se median por noches. Boncenne p. 6., t. 3.º y t. 2.º, p. 78.

(3) Los días feriados están señalados por las leyes de 28 de I de 1915 y 24 de I de 1921

Fuera de estos casos existe el feriado judicial aplicable a los jueces de Mayor Cuantía en lo Civil.

La ejecución de actos procesales en días inhábiles, por regla general, es nula cuando no se ha habilitado expresamente; sin embargo se discute esta misma sanción aún respecto de la hora y hay quienes piensan que no siempre procede una nulidad, porque no es de la esencia del acto esta condición y sólo se trata de una garantía que no persigue otro objeto que no incomodar a los litigantes en las horas del descanso; todo depende de las circunstancias en que se practique el acto. Foignet, Toullier, Aubry y Rau opinan que el acto es nulo; en cambio Merlin, Marcadé, Grennier, Garsonnet creen que no se produce tal nulidad. (1)

Garsonnet se expresa en la siguiente forma: «No creo que pueda anularse una sentencia dictada en día feriado, ni los actos judiciales ni extrajudiciales, practicados en tal día. Por una parte, no hay disposición legislativa que establezca esa nulidad, y por otra parte, es difícil creer que la ley haya querido imponer una sanción tan rigurosa a la observación de las fiestas legales, cuando se ve validar los emplazamientos y los actos de ejecución en semejantes días con autorización judicial». (2)

De la misma opinión se manifiesta Lagarmilla; «porque esta condición no es de la esencia del acto y si en día festivo se notifica a una persona y ésta firma la notificación, probándose con ello que

(1) Garsonnet, ob. cit., p. 290, nota 8 edic. 1892; Sentencia de 28 de Nov. de 1885 citada por Glasson, t. 2.º, p. 335; Dalloz Repertoire. Exploit N.º 358 y 529.

(2) Idem, t. 1.º, p. 66.

la ha recibido, ¿en qué se ha ido contra el fin de la notificación que tiene por objeto comunicar a la parte una providencia recaída en el juicio?» En seguida agrega este autor, «por ser día feriado ni el acto cambia de naturaleza ni le faltan por ello medios necesarios para cumplir la ley desde que éste se llena ampliamente». (1)

Sin embargo—según ya lo dijimos—se piensa de contrario que el acto es nulo, porque tal exigencia es de orden público. (2) Pero basta considerar que puede el juez autorizar la práctica de diligencias en días feriados para resolver que no se trata de una ley de orden público, sino de una simple garantía particular; tal es así que el Código Italiano y el Cód. Español han debido consignar expresamente esta sanción (3) y en la legislación uruguaya—que nada dice sobre el particular—se resuelve según Lagarmilla,—castigando con multas y perjuicios al Ministro de Fe (actuuario) que ejecuta un acto en día u hora inhábil, sin que se produzca nulidad. (4)

Nuestro Código no dispone la nulidad, pero se ha resuelto en el sentido de hacer aplicable esa sanción; pues, esto no obsta a que si la parte no reclama de tal procedimiento, antes de hacer cualquiera gestión en el pleito, el acto nulo se revalide; el art. 58 consigna esta doctrina. Este artículo nos confir-

(1) Lagarmilla. Comentarios al Cód. de P. Civil (Uruguay), p. 251.

(2) Boitard. Leçon de Procedure Civile, t. 1.º, N.º 159; Reus. Ley de Enjuiciamiento t. 1.º, p. 161, art. 258.

(3) Art. 42 del Cód. Italiano y art. 269 del Cód. Español.

(4) Ob. cit.

ma el error de considerar de orden público tal prohibición, porque si así fuera, no cabría ratificación, ni menos podría validarse por aceptación tácita de la parte; el orden público es absoluto. Igual doctrina sustenta el art. 279 del Cód. de la Prov. de Buenos Aires.

De todos modos, tal como está concebida la disposición, en nuestro Cód. la ejecución del acto en días u horas inhábiles produce nulidad, porque se trata de una prohibición sancionada con el art. 10 del Cód. Civil, de aplicación general en este caso, porque el artículo está en el título preliminar y porque habla de «actos» no como sinónimo de contrato sino que en el amplio sentido de «actividad jurídica».

Esto no obsta para que la sanción sea demasiado rigurosa, sería preferible declarar la validez del acto, y sancionar la omisión con una multa al oficial ministerial. Se protegería en esta forma aún a los litigantes que no reclamen de esta falta de formalidad y habría al mismo tiempo un mayor celo de parte de los ministros de fe.

Sin embargo, en ciertos casos, la sanción precisa es la nulidad: cuando se ejecutan actos que necesariamente deben ser efectuados en la secretaría del tribunal; por ejemplo la fijación del Estado en que se incluyen las notificaciones de que habla el art. 53 del C. de P. Civil (1).

4.º *Los actos procesales deben ser suscritos en pa-*

(1) Con este espíritu se dictó una sentencia que sentó la siguiente doctrina: Las notificaciones por el estado son nulas, cuando se practican en días inhábiles, porque en esos días no hay obligación de las partes a concurrir al tribunal, ni obligación del Secretario de asistir a su oficio. Serena G. 1915, p. 1943. S. 600.

pel sellado competente.—Esta materia ha sido reglamentada por el Decreto-Ley 350, últimamente modificado. Se establece como norma general que «los jueces y tribunales sólo podrán actuar en papel competente y las partes deberán entregar el que el secretario respectivo estime prudencial para las resoluciones y notificaciones». (art. 25).

Sancionando esta disposición, el art. 36 inc. 4.º, declara que los escritos que no se conformen en lo referente al impuesto con lo establecido por el Decreto-Ley, se tendrán por no presentados sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 25.

En los juzgados de Menor Cuantía no es aplicable esta sanción porque esos juzgados están regidos por el Decreto-Ley 363 que en el art. 54 establece que cuando falta el impuesto el juez debe ordenar su integración (1).

La sanción de tener por no presentado el escrito es demasiado rigurosa y tal ha parecido al legislador cuando la modificó para los juzgados de Menor Cuantía en el referido Decreto-Ley 363, de dictación posterior al de impuestos sobre timbres y estampillas. La Corte Suprema, sin embargo, ha declarado la sanción que comentamos (2).

En la legislación uruguaya se disponen multas igual a 4 veces el valor del impuesto adeudado si es

(1) Así lo declaró la sentencia interlocutoria del 8.º Juzg. de Menor Cuantía por resolución de 16 de Dic. de 1925. Lobos con Larraín. (Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales, Julio de 1926).

(2) Sentencia confirmatoria de la 2.ª inst. de fecha 15 de Julio, 1.ª Sala. Spencer con Hamilton.

por primera vez la omisión, 10 veces si es por segunda y 20 veces las demás (1).

5.º *La firma del Ministro de Fe que deba autorizar el acto.*—Este requisito lo exigen todos los Códigos y el nuestro lo establece expresamente en el art. 64, al decir que «La autorización del Ministro de fe que deba autorizar el acto es esencial para su validez».

Al decir este artículo que la autorización es esencial, ha sancionado su exigencia con la nulidad y así lo ha entendido la jurisprudencia al resolver que es nula una prueba testimonial no autorizada, aunque el receptor certifique después haber intervenido en el acto (2), y también lo es, con mayor razón, la autorizada por un Ministro de fe diferente del que actuó en la diligencia. (3)

Esto que se dice de la prueba testimonial es aplicable a otros actos procesales como la confesión o absolución de posiciones, certificaciones, etc. (4)

Antes del Código de Procedimiento no había una disposición que declarara esencial la firma del actuario y la Jurisprudencia resolvió en varias ocasiones desechando la petición de nulidad. (5) Hoy día con la expresa disposición del art. 64 no cabe duda sobre la declaración de nulidad: es el preciso

(1) Lagarmilla, ob. cit.

(2) Ap. Concepción, Gac. 1907, t. 1.º, p. 163, S. 72.

(3) Ap. Valparaíso, Gac. 1909, t. 2.º, p. 58, S. 714.

(4) Ap. Valdivia, Gac. 1912, t. 1.º, p. 30, S. 61 (Laso p. 82).

(5) Ballesteros, Ley Orgánica, t. 2.º, N.º 2727. En el Código Uruguayo no se declara esencial ni se pronuncia nulidad por esta omisión y sólo procede—según opina Lagarmilla—ordenar se subsane la formalidad, ob. citada p. 252, N.º 520.

castigo que ha dispuesto el legislador cuando se omite esa formalidad. Nótese además que este artículo es uno de los pocos que habla de requisitos de los «*actos de procedimiento*», porque por regla general el Código se refiere a «*trámites del juicio*».

Sobre la falta de la firma en las sentencias hablaremos en la cuarta parte, al tratar la nulidad en el derecho chileno.

6.º *De las actuaciones debe dejarse constancia en el proceso.*—En realidad, esta exigencia es un requisito de prueba; intrínsecamente el acto existe, pero no hay otro medio legal de constatarlo que estampar la diligencia en el proceso. La cuestión se ha discutido respecto de las notificaciones por el Estado, y dió motivo para que se sostuviera que no era necesaria la constancia en el proceso porque esta notificación se entendía hecha desde que se insertaba en el estado diario. (1)

7.º *Notificación.* — Tratándose de resoluciones judiciales o de actuaciones que deban ponerse en conocimiento de las partes, no se entienden ejecutadas sino cuando han sido notificadas válidamente, salvo las excepciones que la misma ley establece (2). Este requisito tiene por objeto impedir que se alegue que el acto no se conocía y se formula en el adagio: «*paria sunt non esse et non significari*». (3) El art. 41 del Cód. establece este requisito en forma categórica; pero debe entenderse con la atenuación del art. 58, es decir, aunque se trate de

(1) Véase el capítulo que se refiere a las nulidades sustanciales en el derecho chileno.

(2) Excepciones: arts. 292, 463, 508, inc. 723.

(3) Garsonnet, t. 2.º, N.º 567.

notificación nula, vale ésta cuando se hace una gestión posterior sin alegar la nulidad.

De las condiciones antes enumeradas, pueden deducirse fácilmente las diferencias que hay entre los actos procesales y los actos del Derecho Civil.

Estos últimos no se ejecutan por ministerio de juez y es condición de existencia que concurra la voluntad de las partes libre de todo vicio; en cambio en Derecho Procesal, los actos no son manifestaciones de voluntad y aunque las partes se resistan a ejecutarlos, pueden efectuarse en su rebeldía. Los actos de Derecho Civil no necesitan celebrarse en días hábiles, ni redactarse en lengua castellana, (1) ni practicarse en presencia de un tribunal etc., etc. (2) Estas diferencias son las que impiden que a los actos procesales se les apliquen las nulidades del Derecho Civil, no porque no son actos jurídicos, sino porque sus principios parten de la base de un Poder Público en ejercicio, y no pueden, en consecuencia, regirse por reglas dadas por el Derecho Privado de las partes, puesto en actividad en sus relaciones contractuales.

EL ACTO PROCESAL PROPIAMENTE DICHO

El proceso se desenvuelve en una serie de actuaciones, pero no todas ellas, en rigor de principios,

(1) El Decreto-Ley N.º 406, de 27 de Marzo de 1925, dispone en el Art. 17, título 3.º, que las escrituras públicas deben escribirse en idioma castellano.

(2) Puede sin embargo influir en ellos la falta de impuesto, ya que el art. 34 del Decreto-Ley 350, declara falta de mérito ejecutivo el documento que no haya pagado la contribución.

tienen el carácter de un acto de procedimiento, por cuyo valor la Ciencia Procesal entiende: «aquellos que tienen importancia jurídica respecto de la relación procesal, o sea, los actos que tienen por consecuencia inmediata la constitución, conservación, desarrollo, modificación o definición de una relación procesal». (1)

En sentido amplio, acto de procedimiento es «toda actuación que se verifique en el proceso» (2) y para Garsonnet este concepto comprende tanto los actos propiamente dichos, como los escritos o actas en que se constatan. (3)

Pero el verdadero acto de procedimiento es el que trae consecuencias jurídicas para la relación procesal, y como ésta se forma entre las partes y juez, ellos son los encargados de producir modificaciones en esa relación, y ellos son por lo tanto los únicos que pueden ejecutar actos de procedimiento. (4)

Partiendo de esta base debe aceptarse que no son actos de procedimiento:

1.º Los ejecutados por personas extrañas al proceso, como ser la declaración de un testigo, las actuaciones de los peritos (5) etc. Pero estas activi-

(1) Chiovenda, ob. cit. pág. 230, t. 2.º

(2) Esriche. Diccionario Jurídico. Actos.

(3) Garsonnet, t. 2.º, p. 287, N.º 564. Bioche. Acte. N.º 2 citado, por el autor precedente.

(4) Chiovenda, pág. 233, ob. cit. Esta teoría la expone Chiovenda de acuerdo con Wach, Handbuch, Montani en su obra «Atto di procedura en el foro italiano»; Helwig, etc.

(5) La tasación pericial no es actuación judicial ya que no necesita de autorización de Ministro de Fe. En consecuencia puede practicarse en día inhábil. Otero, Jurisprudencia al Cód. de Proc. C. t. 1.º, p. 188. Criticamos la palabra actuación: debería decirse «acto procesal».

dades constituyen una actuación que debe llenar ciertos requisitos, sin que les sean aplicables las reglas generales que rigen los actos de procedimiento. (1)

Muchas veces estas actuaciones están ligadas a un acto procesal en tal forma que constituyen su antecedente. Tal sucede, por ejemplo con la impugnación que haga la parte a un informe pericial; aunque el informe en sí mismo no es un acto procesal, da origen al ejercicio del derecho de impugnación, importando entonces en dicho informe una actuación o gestión que ha servido de antecedente a un acto procesal.

2.º Tampoco son actos de procedimiento las actividades particulares de las partes relativas al objeto del pleito, como por ejemplo el pago de la deuda; y para Chiovenda, tampoco constituyen un acto procesal las deducciones de carácter doctrinario que hagan los litigantes, ya que el juez puede hacerlas con el solo mérito de los antecedentes que consten en el proceso.

3.º Tampoco son actos procesales los hechos jurí-

(1) La cuestión tiene interés y ha dado origen a dificultades. Así por ejemplo una persona que solicita del juez un certificado en que se acredite un hecho de un pleito en que no es parte; ¿debe hacer su petición en papel sellado de la cuantía del juicio, o puede hacerlo en el papel que se exige para las gestiones administrativas? A nuestro juicio debe aceptarse este último, porque en este caso no se pide al juez desenvolvimiento de su potestad de jurisdicción sino simplemente un certificado, como autoridad pública; es una gestión administrativa. Así lo ha entendido la Corte Suprema que sólo exige papel correspondiente a una gestión de esa naturaleza (papel de \$ 1).

dicos; como ser la muerte del procurador, la pérdida de capacidad de algunas de las partes, el extravío de algún documento. La insolvencia del actor o del reo, etc., etc. (1)

Tiene importancia distinguir los verdaderos actos de procedimiento de las actuaciones en general, porque los primeros son los únicos que pueden interrumpir la prescripción, o evitar la caducidad de un derecho. El Cód. Civil exige en el art. 2509 una «demanda judicial» para interrumpir la prescripción extintiva y «recurso judicial» para la interrupción de la adquisitiva. Tal demanda o recurso, constituye un acto procesal y sólo puede interponerse por la parte que tenga en ello un interés jurídico.

El Cód. de Proc. exige, en el art. 159, falta de actividad por tres años consecutivos de todas «las partes» en el proceso para que se produzca el abandono de instancia. Y sólo son partes las que tienen derecho a ejecutar actos de procedimiento.

Estos ejemplos demuestran que los verdaderos actos jurídicos de índole procesal, sólo pueden ser ejecutados por las partes—sujetos de la relación procesal—y que los demás actos del proceso son actividades o actuaciones de menor importancia que, si bien pueden producir efectos más o menos directos sobre esa relación jurídica, no están sometidos a las exigencias de los actos procesales propiamente dichos.

De los actos procesales, ejecutados por las partes, el más importante es la demanda, y de los eje-

(1) Chiovenda ob. y vol. cit.

cutados por el juez, la sentencia; pero entre estos dos puntos culminantes se desarrollan infinitas actividades tendientes a mover el juicio, a impulsarlo al motivo que se persigue con la demanda, cual es, obtener la declaración de un derecho; y por eso estos actos se denominan «actos de impulso procesal» (1). Tales son, por ejemplo, las demandas incidentales que tienden a corregir al libelo inepto, los recursos, las rebeldías, etc. Pero además se desarrollan otras actividades, como la de los órganos inferiores de jurisdicción, (notificaciones, requerimientos, embargo, etc.) ; las que tienen por objeto constituir, modificar o extinguir derechos procesales, como las renunciaciones, la aceptación de la demanda (art. 303 Proc. Civil), la aceptación de la sentencia, ratificaciones, transacciones, etc. Estos últimos actos constituyen declaraciones voluntarias sobre derechos de índole procesal, y su nulidad puede tener consecuencias de gran importancia para los resultados del pleito. (2)

DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL

La relación procesal más perfecta se produce en el juicio contradictorio a virtud de una demanda judicial. Podríamos definirla diciendo que es *un vínculo de derecho en virtud del cual dos partes que sostienen intereses contrapuestos, quedan obli-*

(1) Chiovenda llama impulso procesal a la actividad que tiende a obtener el movimiento progresivo de la relación procesal hacia el fin que se propone la acción, t. 2.º, p.226.

(2) Véase al respecto, Mortara, Procedura Civile IV. N.º 425.

gadas a someter al fallo de los tribunales establecidos por la ley, la resolución del asunto controvertido: la una con motivo de una demanda judicial válida; y la otra en virtud de la notificación válida de esa demanda. (1)

La doctrina de la relación procesal es muy antigua: los romanos la conocieron en el «*judicium*» y en la Edad Media se consagró en el principio «*judicium est actus trium personarum iudicii, actoris e rei*». En el derecho moderno ha sido estudiada por Hegel, Bentham, Buhlow, Kökerer y Chiovenda.

El estudio de este vínculo de derecho hizo concluir que a los actos procesales no se les podía aplicar los principios del Derecho Civil, porque en su gestación y desarrollo intervienen elementos que les dan un carácter *sui-generis* que arranca de la doble actividad que se desenvuelve en el proceso: la del Estado, por intermedio del Poder Judicial, (Derecho Público) y la de los particulares, por sí o por intermedio de mandatario (Derecho Privado).

Ya hemos manifestado que dada la condición de estos actos, la relación de derecho que producen oscila entre el Derecho Público y el Derecho Privado, sin inclinarse efectivamente a uno u otro lado, con predominio del primero, en mayor o menor gra-

(1) En esta definición no hemos comprendido la relación procesal que se produce en los actos de jurisdicción voluntaria, porque en éstas, el vínculo jurídico se produce entre el juez y el solicitante. Es, en consecuencia, diferente al que definimos y que se refiere al vínculo de derecho que se crea con la demanda en juicio contradictorio.

do, según sea el derecho que regula la ley y la época en que se considere la disposición, con respecto al proceso.

De esta relación procesal arrancan derechos y deberes que cumplir; derecho por parte de los interesados que solicitan el desarrollo de la potestad jurisdiccional para que se le provea su petición; y deber por parte del Estado, quién debe atender las peticiones conforme a la ley.

«Tal derecho de los particulares—dice Rocco— es un Derecho Público subjetivo correspondiente a la categoría de los Derechos Cívicos; tiene por objeto una prestación positiva, una acción por parte del Estado, y, en otros términos, el llamado Derecho de Acción. Y el deber del Estado es también de carácter público, porque él es la consecuencia de los fines sociales o públicos que sostienen y constituyen la razón de su existencia». (1)

Pero no sólo estas argumentaciones da el citado autor para demostrar que la relación procesal no es de carácter privado; después de decir que esta relación reconoce un Derecho del Estado, perteneciente a la categoría de los Derechos de supremacía que arranca de su calidad de soberano, agrega que: «Sujeto activo de tal derecho es, naturalmente, el Estado; sujetos pasivos son todos los ciudadanos como tales y no como sujetos de obligación del Derecho Privado material. La relación intermediaria entre el Estado y el ciudadano, en fuerza de su derecho de jurisdicción civil, es una relación de Derecho Público perfectamente independiente de las relaciones de Derecho Privado».

(1) Rocco, La sentencia civil, pág. 29.

Entre nosotros no se ha estudiado este vínculo de Derecho, y la Jurisprudencia, al apreciar la nulidad de los actos de procedimiento, ha equivocado el principio y ha hecho aplicable a tales nulidades las reglas del Derecho Privado Civil. No obstante, en los últimos tiempos se ha reaccionado, admitiéndose que la nulidad procesal es sólo susceptible de recursos procesales.

La relación procesal se desarrolla independientemente de la ley que la hizo nacer; así por ejemplo: quien tiene un título ejecutivo puede exigir se despache mandamiento de ejecución y embargo; pero el desarrollo y el modo de practicarse este embargo están regidos por otra ley. De la misma manera, el Cód. exige para que exista relación procesal, la notificación de la demanda; el modo de notificarse—que va a ser lo que determine el nacimiento efectivo de la relación—está en otra ley; por eso decimos que la ley que confiere un derecho y crea la relación procesal, no rige el modo de actuar de la misma que está en otra voluntad de ley, independiente de la ley que confiere el derecho.

Veamos como nace esta relación.

Una persona tiene un crédito y para obtener su pago deduce demanda. Con la demanda empieza la gestación del vínculo procesal y crea para el juez la obligación de proveerla, y para el actor el derecho de pedir su comunicación al demandado. Hasta aquí la relación es incompleta y sólo se produce en forma cuando se ha trabado la litis, por medio de la notificación de la demanda. En este estado, se crea una fuente de obligaciones para todas las partes que intervienen en el juicio, (1) y es ésta pre-

(1) Chiovenda, ob. cit.

cisamente, la diferencia que hay entre la acción y la relación procesal, porque la primera es fuente de obligaciones para una de las partes: para el actor, y la segunda para todas las partes y para el juez; el actor tiene derecho a que se le admita la prueba de su acción a la vez que la obligación de obrar en forma y términos legales; el reo tiene derecho a que se le reciban las pruebas de sus excepciones y la obligación—que pesa también sobre el actor—de cumplir las resoluciones judiciales; y el juez tiene el derecho de fallar el pleito a la vez que la obligación de obrar en justicia.

Todos estos efectos se producen una vez que se ha notificado la demanda y se han llenado ciertos requisitos previos, llamados en Derecho Procesal «presupuestos procesales», esto es, un conjunto de condiciones jurídicas necesarias para el desarrollo normal del proceso.

Pero, para que la relación procesal surta los efectos que se propone la acción, es necesario que el juicio se tramite entre legítimo contradictor. (1)

Además de esta condición de fondo es necesario una notificación válida; de aquí la importancia del acto de citación. La nulidad de éste puede impedir la cosa juzgada por ejemplo cuando se falla un juicio en rebeldía y la notificación no ha llenado los requisitos del art. 43 ó 47, en la forma que lo exige el art. 83 y el demandado no ha comparecido nunca al juicio. En tal caso puede pedirse la rescisión de lo obrado, en cualquier tiempo, dentro de los 5 días siguientes a aquel en que se tuvo conocimiento del juicio.

(1) Tea. G. 1911, p. 336, S. 950 (cas. de oficio un v. en c.).

NATURALEZA DE LA RELACIÓN PROCESAL

La relación procesal tiene vida propia, es autónoma y su desarrollo, independiente de la ley que la hace nacer, es compleja y exige la concurrencia de una serie de actos sucesivos que suponen la gestación válida de otros anteriores. Así por ejemplo el traslado de la demanda supone la concurrencia ante el tribunal competente, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 251 para toda demanda, etc., etc. Esto es lo normal, y si hay vicios, el demandado pedirá su corrección interponiendo excepciones dilatorias.

La relación procesal se basa en el Derecho Público y se desarrolla bajo el amparo del poder judicial y termina bajo la misma protección. No se trata pues de un vínculo de índole privada, y de ahí que las partes deban sujetarse a los mandatos del juez, sin que su actividad pueda traspasar los límites que la ley le impone en cada caso.

La obligación que tiene el juez de proveer, constituye el armazón a cuyo alrededor activan las partes sus derechos y ejercita el juez sus facultades.

Como vínculo de derecho que es, tiene un sujeto; pero es múltiple, porque lo forman el juez, el actor y el reo, y a veces terceras personas que actúan ya como terceristas ya como fiadores (1).

La relación procesal es independiente de la voluntad del reo; si éste comparece se perfecciona, y si no comparece también nace a la vida legal, siguiéndose la causa en rebeldía: es una sanción a

(1) Chiovenda, ob. cit.

la inactividad de la parte que se resiste al llamado del juez.

Reunidas todas estas condiciones, la relación se desarrolla bajo el «impulso procesal» de las partes, porque tanto el demandante como el demandado tienen interés en el pleito. Por excepción, en ciertos juicios corresponde la actividad sólo al actor, como sucede, por ejemplo, en el juicio ejecutivo; y en ciertos casos este impulso unilateral importa creer en lo que dice el actor sin mayores pruebas. (1)

TRANSFORMACIÓN DE LA RELACIÓN PROCESAL

La relación procesal puede quedar en suspenso, como cuando se oponen excepciones dilatorias, pero no opuestas nace definitivamente y las partes se concretan a la cuestión de fondo, sin perjuicio de la nulidad de los actos de procedimiento que van a servir para resolver sobre el fondo del pleito.

Pero que la relación procesal nazca definitivamente no quiere decir que no pueda ser sujeta a transformaciones; puede esta operarse a virtud de adición o modificación de la demanda; (2) en

(1) Esto sucede en los juicios de desahucio en que se cree al actor bajo su palabra; pues si no se opone el demandado se dicta sentencia en su contra sin mayores pruebas. Tal situación ha sido muy discutida, porque puede prestarse para crear un título falso. Lo justo es que en todo caso se rinda prueba del derecho que se alega, (apuntes de clase).

(2) Art. 548 del Cód. Español. En el Derecho Alemán se admite el cambio de la demanda «cuando la defensa del demandado no se agrava con ello sustancialmente». (Modificación del año 1899). Lo mismo sucede en el Reglamento Austriaco.

nuestro derecho, en los escritos de réplica y dúplica, siempre que no se altere el objeto principal del pleito (1). Puede también alterarse este vínculo jurídico a virtud de cambio de los sujetos, ya se trate del juez o de las partes. Cuando se opera por cambio del juez, no es su persona física la que produce alteración, sino el cambio de jerarquía de tribunal.

Esta situación es fácil que se presente y en la práctica se opera cuando se acoge una excepción de incompetencia. (2)

Respecto de las partes, en nuestro derecho puede transformarse la relación procesal, con suma facilidad, en el caso del beneficio de excusión. Deducido el juicio en contra del fiador y alegando éste el derecho que le confiere el art. 2358, una vez acogido, se transforma el vínculo procesal y la demanda seguida primero en contra del fiador continúa en contra del deudor.

(1) Art. 302. En los escritos de réplica y dúplica podrán las partes *ampliar, adicionar o modificar las acciones y excepciones, etc.*

(2) Cuando se acoge la excepción de incompetencia y el proceso continúa ante el juez que corresponde no nace un nuevo juicio ante éste sino que prosigue el anterior; pero si acogida la excepción se abandona ese proceso y se deduce nueva demanda, entonces nace un nuevo juicio. El asunto tiene importancia, porque, si al acoger dicha excepción no se mata la acción, no es necesario que se resuelva la excepción por sentencia definitiva. El propio art. 487 lo establece en el inciso final respecto del juicio ejecutivo; sin embargo la Corte de Apelaciones revocó una resolución del Juez de Menor Cuantía Sr. Barrientos, acogiendo un recurso de casación por haber dictado el fallo en que acogía la excepción, sin los requisitos de las sentencias definitivas.

El estudio anterior nos permite concluir que la relación procesal es el alma del proceso y de su validez depende el valor de la sentencia definitiva; y así puede hablarse de sentencia nula, cuando es nula la relación procesal, y de inexistencia del fallo cuando no existe ese vínculo.

CAPITULO IX

Clasificación de los actos procesales

Garsonnet divide los actos de procedimiento en 3 categorías: (1) que son: los actos de los receptores (huissiers); los actos de los procuradores (avoué); las consultas previas que deben evacuar los interesados en apoyo de su demanda en los casos establecidos por la ley; (2) los actos extrajudiciales que sirven para facilitar la clasificación y expedición de los negocios en los tribunales más ocupados, como el enrolamiento de causas; (3) y los actos que escapan a toda clasificación, etc. (4)

Chiovenda hace una división más científica, partiendo de la base de los sujetos de la relación procesal y distingue, principalmente, dos clases de actos: Actos de los sujetos de la relación procesal (el juez

(1) Garsonnet. *Precis de Procedure* edic. de 1923, pág. 195.

(2) Se refiere al art. 437 del Cód. Civil francés que exige la consulta a 3 abogados para que el tutor pueda transigir a nombre del menor.

(3) Entre nosotros cabría aplicar este número a la ley de distribución de causas.

(4) En el «*Traité de Procedure*». Garsonnet sólo hace 4 divisiones; la última aparece únicamente en el «*Precis*» antes citado.

y las partes) y actos de los órganos inferiores de jurisdicción, (receptores, secretarios, etc.).

Nosotros, mirando la cuestión en forma más práctica y que nos facilite el estudio de los actos en nuestro derecho, partimos de otros puntos de vista y los agrupamos en la siguiente forma:

1.º Atendiendo a las personas que actúan en el juicio de los jueces, actos de las partes y actos de los oficiales ministeriales;

2.º Atendiendo a la época en que se ejecutan con relación al juicio: actos anteriores a la relación procesal y actos posteriores;

3.º En cuanto a la jurisdicción: en actos de jurisdicción contenciosa y voluntaria;

4.º Atendiendo a la clase de tribunal: en actos ante jueces comunes y actos ante jueces especiales.

Estudiaremos cada caso en particular.

1.º EN CUANTO A LAS PERSONAS QUE ACTÚAN EN EL JUICIO.

Actos de las partes

De los actos ejecutados por las partes el más importante es la demanda; pero la ley exige ciertas condiciones para que este acto pueda desarrollarse en forma legal. Ante todo es preciso un derecho cierto, es decir, la parte debe tener un interés jurídico en el pleito. El Cód. no establece precisamente esta exigencia; pero se deduce de algunas disposiciones, en forma indirecta. Así por ejemplo en el art. 24 admite las gestiones de los que no siendo partes directas «tengan un interés actual en sus resultados»; interés que define en el inciso 2.º del

mismo artículo al decir que se reconoce como tal «cuando se tiene un derecho cierto comprometido y no una mera expectativa». Si esto se establece para los que no son partes directas, es lógico que se exija para los que directamente, en virtud de una demanda, pretenden hacer cambiar el orden establecido. (1)

Pero fuera de esta condición básica, el acto procesal llamado demanda requiere otros elementos que deben llenarse en el escrito en que aquella se deduce; son éstos los requisitos que al faltar producen la ineptitud del libelo. El art. 251 enumera esas condiciones y el art. 253 refiriéndose a él autoriza al juez para que no dé curso a la demanda que no cumpla con los tres primeros requisitos; mientras no se subsanen esos vicios la relación procesal es incompleta, pues sólo existe entre el actor y el juez.

(1) En el proyecto actual se contempla un art. que establece expresamente esta condición. Dice el art. 6 del proyecto: «Para ejercitar un derecho se requiere tener interés».

El art. 36 del Cód. Italiano contiene una disposición parecida que dice: «Para deducir una demanda en juicio o para contestar la misma es necesario tener interés».

La exigencia del art. 6.º del proyecto tomada del art. 36 del Cód. Italiano no nos satisface, porque es poco precisa. Es más jurídico exigirle acción al actor, porque este concepto abarca los tres elementos copulativos e indispensables para crear una relación procesal válida; que son, interés, capacidad y personería; y al demandado, excepción, pues en esta expresión se comprenden, correlativamente, los elementos antes indicados. Sin embargo, como al definir lo que se entiende por interés, la ley ha señalado los caracteres de la acción, la dificultad que puede presentarse se subsana en el Código, más nó en el proyecto. (Véase J. B. Lira. Prontuario de los Juicios p. 110, N.º 2).

En los juicios en que hay contraparte, la vigilancia de la ejecución de los actos de procedimiento está entregada al contrincante, quien solicitará la nulidad correspondiente cuando se contraviene a la ley; en muy pocos casos puede el juez de oficio corregir faltas de procedimiento. El art. 253 es uno de éstos y se refiere a los tres primeros números del art. 251 a que hicimos referencia.

Los actos que ejecutan las partes, ya son de impulso procesal, es decir de *movimiento del proceso*, tales como los escritos en que se interponen recursos, se pide la comunicación a la otra parte de una resolución judicial o de un documento, etc., ya *relativos al fondo* del pleito, como son las pruebas, las excepciones de fondo y las defensas de cualquier género y finalmente *actos referentes a la forma* del proceso, como las excepciones dilatorias, las nulidades procesales, etc.

Para ejecutar estos actos las partes deben concurrir al tribunal por medio de solicitudes escritas, las que unidas a los documentos y demás actuaciones forman el proceso. (Arts. 30 y 31).

Cuando el juicio ha sido tramitado en rebeldía, cada diligencia debe, no obstante, notificársele al rebelde; pero en segunda instancia se procede sin oírlo más, salvo el caso que comparezca representado por un Procurador del Número. No acusada la rebeldía, el rebelde puede comparecer y solicitar nulidad de las actuaciones practicadas sin su conocimiento. (1)

(1) Cas. G. 1969, t. 1.º, p. 185, S. 832; Ap. Tea., 6-XI-1907; Ap. Ge. 1905, t. 2.º, p. 480, S. 1067; Gac. 1910, t. 2.º, p. 165, S. 749.

En algunas legislaciones extranjeras existe el recurso de oposición que se le concede al rebelde para que se oponga al cumplimiento de la sentencia. Francia e Italia tienen este recurso. (1)

La omisión de los actos ejecutados por las partes está penada por la ley con la nulidad, caducidad, multas o inadmisibilidad.

La nulidad procede cuando el acto no reúne sus requisitos sustanciales o cuando la ley pena con esta sanción expresamente la falta de algún elemento, cualquiera que sea su naturaleza.

La multa procede en los casos especiales determinados por la ley (2), sanción que no sólo se encuentra en el Cód. de Proc. sino también en la Ley Orgánica (3) y en leyes especiales, como por ejemplo en el Decreto-Ley de Timbres y Estampillas, en el Cód. Long, etc.

La caducidad se produce cuando se ejercita un derecho después del plazo legal; el abandono de instancia es una verdadera caducidad, porque prescribe el derecho de exigir al Estado el desarrollo de la potestad de jurisdicción.

La inadmisibilidad importa la ejecución de un acto nulo, ya porque se ejecuta un acto fuera del plazo, como la interposición de los recursos fuera del término legal, ya porque se alega un derecho que la ley no concede, como cuando en el juicio ejecutivo se hace valer una excepción que no está

(1) Boncenne. *Traité de Procedure*, t. 3.º, p. 103; Mattiolo ob. cit.

(2) Art. 10, 32, 39, 49, 91, 119, 127, 130, 134, 173, 249, 264, 266, 272, 338, 348, 384, 422, 570, 571, 828, 837, 944, 980, 983, 1094.

(3) Arts. 34, 40, 44, 49, 70, 73, etc.

contemplada en el art. 486 del Cód. de Proc.; en este último caso se reconoce la falta de ley para fundar el derecho.

Los actos procesales que ejecutan las partes pueden presentar en cuanto al sujeto, tres modalidades: ser ejecutados por la parte misma, ser ejecutados por el mandatario y ser ejecutados por el sustituto procesal.

Cuando la parte comparece personalmente ella misma corre con la responsabilidad de sus actuaciones; cuando comparece por medio de mandatario, éste hace responsable a su mandante como si el mismo compareciera; pero el mandante no responde de los actos que extralimiten el poder conferido, y si de esos actos se sigue responsabilidad para el mandatario habrá acción en su contra por los daños o perjuicios que causare. El art. 8.º del Cód. establece la extensión que debe tener el mandato y dispone que si no se expresan las facultades especiales del inc. 2.º del mismo art. no se entenderán concedidas; pero la misma disposición se encarga de declarar nulas las cláusulas en que se limiten las facultades generales.

La última modalidad de los actos ejecutados por las partes es la del *sustituto procesal*, situación jurídica diferente a la del mandatario, pues éste ejercita *un derecho ajeno a nombre ajeno* y el sustituto procesal ejercita *un derecho ajeno a nombre propio*. Veamos un caso. El Cód. Civil permite que el acreedor, para no ser burlado en su derecho, ejercite ciertas acciones del deudor cuando éste no quiere perseguir su cumplimiento en desmedro de la obligación contraída con aquel.

En este caso el acreedor hace valer el derecho

de su deudor como si fuera propio, y en contrario, en el juicio, para nada debe tomar en cuenta las actividades que el dueño del derecho practique con el fin de que no se obtenga el cumplimiento de la obligación que se le adeuda.

Otro caso de sustitución se tiene en el art. 1845 del Cód. Civil que autoriza al comprador para que siga el juicio de evicción a pesar de que el vendedor se allane a la evicción. Como en el primer caso, seguidas las gestiones por el comprador, el vendedor no tiene por qué intervenir en el juicio.

El Cód. de Proc. Civil en el art. 659 permite a un acreedor que siga a nombre propio una impugnación en beneficio de la masa. (1) Es éste otro caso de sustitución.

La sustitución procesal tiene la importancia de hacer aparecer al sustituto como el solo responsable, sin que tenga participación alguna el sustituido, a menos de que el sustituto obtenga más de lo que se le adeuda. En tal caso sólo tiene derecho a lo que legítimamente se le debe. Consecuencia de estos principios es que los gastos y responsabilidades del juicio corren de cuenta del sustituto. (2)

(1) En el Der. Italiano, entre otros casos de sustitución, se encuentran:

a) El Derecho del marido para comparecer por los bienes dotales de su mujer.

b) El Derecho de los terceros para traer al juicio al capitán en lugar del dueño del buque en caso de avería. (Art. 510 del Cód. de Comercio).

(2) Chiovenda cita en apoyo de su doctrina a Camme, Castellari, Diana Guzzeri, Barsotti, Galgano, Redenti, Galante, Lea, Koeler, Helwig, etc.

ACTOS EJECUTADOS POR EL JUEZ

El juez es el otro sujeto de la relación procesal y es por lo tanto quien puede ejecutar también verdadero actos de procedimiento.

La actividad de los jueces consiste principalmente en dictar resoluciones, de las cuales la más importante es la sentencia. Pero además le corresponde dirigir el debate, interrogar los testigos, tomar confesiones, practicar visitas oculares y en general ejecutar actos de instrucción. En el procedimiento moderno se tiende a darle al juez en estas materias un máximo de facultades.

Los actos de los jueces tienen diversas sanciones que dependen de la gravedad de las faltas cometidas; y así puede castigárseles con amonestación verbal o por escrito, con la queja, con multas, etc., sin perjuicio de la nulidad del acto en los casos en que sea procedente. Además, para los errores de hecho o de derecho existen los recursos legales, como la casación, revisión, apelación y la nulidad procesal.

Los jueces no tienen plazos fatales para dictar sus resoluciones; pero si no lo hacen en los términos fijados por la ley, se hacen acreedores a un recurso de queja. Según el Decreto-Ley 350 deben dictar sus resoluciones en papel sellado competente; pero si las partes no lo entregan—como el artículo no tiene sanción—el juez no está obligado a dictar su fallo mientras no se acompañe el papel que pida el Secretario (art. 25).

El juez, en nuestro derecho, no tiene facultades para obrar de oficio sino en determinadas ocasio-

nes, como en el caso de las medidas para mejor resolver, (art. 166) la casación de oficio, (art. 950) la nulidad absoluta, (art. 1863 C. C.) la incompetencia absoluta, la falta de impuesto (Decreto-Ley 350), la falta de requisitos del título ejecutivo (artículos 456, 459, 461 y 464). (1)

ACTOS DE LOS OFICIALES MINISTERIALES

Los oficiales ministeriales (receptores, secretarios) son órganos inferiores de jurisdicción encargados de hacer notificar las resoluciones judiciales y evacuar todas aquellas diligencias que los mismos tribunales les cometieren (art. 354 de L. O. T.). Las nulidades procesales se refieren corrientemente a las actuaciones de estos funcionarios y la jurisprudencia francesa, y con ella están de acuerdo todos los tratadistas, ha resuelto que la nulidad de que habla el art. 1030 del Cód. Francés se refiere a los actos de esos funcionarios. (2)

Los receptores pueden ejecutar, entre otros, los siguientes actos: notificaciones (3) (citación, em-

(1) En el proyecto de reforma se da una mayor participación al juez, disponiéndose en el art. 176 que «Toda vez que el Tribunal advierta un vicio que anule el proceso o la omisión de una circunstancia esencial para su ritualidad, no reclamados por las partes, deberá ordenar de oficio que se practiquen las diligencias necesarias para subsanar dichos vicios u omisiones. Esta dificultad no podrá ser ejercida cuando, como consecuencia del defecto advertido pudieran quedar sin valor sentencias interlocutorias o definitivas notificadas a alguna de las partes.

La resolución que se dicte con sujeción a lo dispuesto en el artículo será apelable en ambos efectos.

(2) Garsonnet, t. 2.º, p. 106, N.º 57.

(3) No les corresponde notificar por el estado.

plazamiento y requerimiento), practicar embargos, inventarios, tasaciones, retenciones, cotejos de instrumentos, recepción de pruebas testimoniales, etc.

Los secretarios están encargados de autorizar las resoluciones judiciales, practicar las notificaciones por el estado, tomar inventarios, etc. Cada acto de estos funcionarios está sometido a ciertas formalidades que al faltar pueden producir la nulidad del acto; todo depende de la importancia de las formalidades omitidas y de las circunstancias en que se ejecutó el acto.

ACTOS ANTERIORES A LA RELACIÓN PROCESAL

Antes de que nazca la relación jurídico procesal se pueden ejecutar actos tendientes a la preparación del juicio. Estos actos prejudiciales deben llenar también ciertos requisitos que, siguiendo la regla general, si no se cumplen pueden o nó motivar una nulidad.

Respecto de estos actos hay que tener presente que sólo puede pedirse la ejecución de los actos prejudiciales que la ley expresamente autoriza; los arts. 263 y 269 establecen cuales son esas medidas.

Cabe hacer una observación a la forma en que está redactado el art. 263. Se dice en él que el juicio ordinario puede prepararse, . . . etc. y han creído algunos, y la Corte de Apelaciones así lo ha resuelto, que tales medidas sólo proceden en ese procedimiento. Así por ejemplo en la preparación de vía ejecutiva creen muchos que la aplicación del art. 253 es improcedente; pero esta doctrina no tie-

ne asidero legal alguno, porque el art. 3.º declara las reglas del juicio ordinario, supletorias en todos aquellos casos en que la ley no señale una regla especial diversa, y como en las gestiones de preparación de vía ejecutiva nada se dispone sobre el particular, cabe la regla que en el citado artículo se establece. (1)

Un acto anterior a la relación procesal lo constituye la designación de juzgado por la Corte respectiva, en los casos establecidos por la ley. Respecto de este acto se creía que su omisión producía la nulidad del fallo; pero se resolvió la buena doctrina desechándose un recurso de casación en la forma, pues no se trata de un trámite esencial ni la ley ha dispuesto que su omisión produce nulidad. (2) En realidad esta exigencia no tiene otro objeto que repartir equitativamente el trabajo a los jueces de primera instancia: es una medida de administración que en ningún caso constituye una formalidad procesal de cuya observancia dependa la validez del proceso. En estos casos se debe remitir el expediente a la Corte para que designe juzgado, sin que se anule lo obrado.

La nulidad de los actos prejudiciales puede reclamarla el afectado con la medida, tan pronto como llegue a su conocimiento.

(1) En contra. Ap. Tea. G. 1911, S. 1398; Santiago, 5 de Julio de 1912; ni tampoco en juicio sobre denuncia por infracción a la ley de timbres y estampillas. Gac., 1912, p. 287, S. 913. Otero, t. 1.º, casos uno, dos y tres del art. 263.

(2) Ap. Valparaíso; 20 de Abril de 1903, 2 votos en contra, (Rv. t. 1.º, p. 353) Lazo, Cód. de Proc. p. 787.

ACTOS POSTERIORES A LA RELACIÓN PROCESAL

Estos actos constituyen todas las actividades que se producen en el juicio una vez que se ha notificado la demanda y su nulidad queda sometida a los recursos y plazos procesales, importando aceptación del acto nulo cuando no se reclama en tiempo y forma.

ACTOS DE JURISDICCION CONTENCIOSA

En los actos de jurisdicción contenciosa, sea que se tramite o nó en rebeldía el juicio, el juez no tiene facultades—según el Cód. chileno—para corregir vicios de procedimiento, como sucede en otras legislaciones. Las pocas excepciones en que el juez tiene iniciativa particular en nuestro proceso civil, las señalamos ya al hablar de los actos de los jueces. El proyecto de reforma autoriza al juez para que de oficio corrija la omisión de trámites esenciales o los vicios que anulen el proceso. Con esta disposición se da al juez una mayor participación activa en el desarrollo del juicio, materia de gran importancia y camino que siguen todos los legisladores modernos. Sin embargo, la disposición nos merece algunas críticas que las haremos presente al analizar las reformas sobre nulidades que proponemos como necesarias a nuestra legislación procesal.

ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

En estos procedimientos el juez puede de oficio decretar las diligencias informativas que estime

convenientes (art. 992), lo que no sucede en la jurisdicción contenciosa, pues la Ley Orgánica les prohíbe ejercer su ministerio si no media petición de parte interesada; pero a la vez le impone la obligación de tramitar la petición sin que pueda excusarse por ningún motivo, ni aún a pretexto de falta de ley que resuelva la contienda. (Art. 9) En la jurisdicción voluntaria no sucede tal cosa; el juez, cuando se pide la ejecución de un acto de esta naturaleza, debe convencerse, primeramente, si la ley lo autoriza para intervenir en ese acto, de otro modo rechazará de plano la petición, y si interviene, todos los actos ejecutados son nulos, (1) y más que nulos jurídicamente inexistentes por falta de jurisdicción, pues ésta la tiene el juez en virtud de un mandato legal expreso y si no existe este mandato, no hay ley que lo autorice a que, en representación del Estado, reconozca un derecho.

Los actos de jurisdicción voluntaria no requieren el señalamiento de términos previos y la justificación y pruebas son apreciadas prudencialmente, cuestión que pone también un distinguo entre estos actos y los de jurisdicción contenciosa. (Arts. 900 y 991).

ACTOS EJECUTADOS ANTE JUECES ESPECIALES

Los actos que se ejecutan ante estos jueces se rigen por las leyes especiales del caso. Entre las úl-

(1) Art. 989. Sent. N.º 5. ap. Sant. Gac. 1908, t. 2.º, p. 7. El señor Alessandri puso como ejemplo, en su clase de procedimiento, el caso en que se autorice a un menor para vender parte de sus bienes y el juez concede la autorización con el agregado e «inviértase el dinero obtenido en bonos». Esta limitación, dice el señor Alessandri, es nula. Apuntes de Proc. t. 3.º, p. 163.

timas reformas es de importancia recordar la ley que creó los Tribunales de Conciliación y Arbitraje para resolver los conflictos entre patronos y empleados u obreros.

El Código de Procedimiento se ha referido únicamente a los actos que se ejecutan ante los jueces árbitros, ya sean jueces de derecho o amigables componedores. El juicio de partición de bienes se encuentra especialmente reglamentado y a su respecto se establece que la sentencia que dicte el juez partidador es susceptible de los recursos de casación y apelación. (Arts. 187 Ley Orgánica y 798 Proc. Civil). La sentencia que dicta el partidador, como la de todos los jueces establecidos por la ley, produce cosa juzgada; la ley no lo dice expresamente, pero se deduce del contexto de los art. 1.º, 172, 187, puesto que se trata de jueces establecidos por el legislador, de acuerdo con el art. 1.º de la Ley Orgánica. Tal es así que los actos de los partidadores deben ser autorizados por un Ministro de Fe, garantía que tiene por efecto dar autenticidad a los actos del partidador; si no produjeran cosa juzgada las resoluciones de estos funcionarios, no habría necesidad de la intervención de un Ministro de Fe. (1)

No sólo las sentencias de los partidadores y árbitros en general, están protegidos por los recursos legales; la Jurisprudencia ha resuelto que en estos juicios puede reclamarse de las omisiones procesales, en la misma forma y por los mismos recursos

(1) Los actos ejecutados en las peticiones son verdaderas actuaciones judiciales y no actos contractuales, por lo cual no se aplican las reglas de la nulidad y rescisión de que habla el C6d. Civil. G. 1913, t. 2.º p. 3065, S. 1057, Corte de Valparaíso.

establecidos para el juicio ordinario. Así por ejemplo; si se omiten carteles de remates o postores extraños a la licitación, en el caso del art. 815 del Cód. de Proc., se deberá reclamar ante el juez árbitro.

Se ha discutido, sin embargo, si un juez partidario tiene facultad para anular un remate (1) y la Jurisprudencia ha fallado en ambos sentidos. Somos de opinión que tal facultad es inherente de la calidad de jueces que tienen estos funcionarios y por lo tanto, si tienen facultad para ordenarlos, la tienen también para vigilar su ejecución, corregirlos y anularlos. La única facultad que no tienen es el Imperio.

ACTOS PROCESALES DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Contempla este Código algunas reglas especiales, como son las de que no hay días inhábiles, los plazos no se suspenden en caso alguno, salvo decreto del tribunal, antes de su vencimiento (art. 92), todos los plazos son prorrogables; cuando no hay plazo determinado debe ejecutarse sin demora dentro de 24 horas, por el secretario del tribunal, oficial u ordenanza comisionado al efecto. (Art. 96)

Las notificaciones son, por regla general, personales o por células; en caso de guerra se hacen «en cualquier forma que haga presumir fundadamente que el notificado tomó conocimiento» y se dará cuenta al jefe respectivo, si se trata de militares. (Art. 102)

(1) Ap. Valdivia, Gac. 1912, t. 2.º, p. 370, S. 943.
En contra Tacna, G. 1912, t. 2.º, p. 299, S. 1293.

ACTOS DE JUECES ARBITRALES

En estos juicios no hay necesidad de guardar las formas establecidas para los actos procesales y en ellos deben fijarse las que convengan las partes en el acto constitutivo del compromiso. (art. 795). Puede practicarse sin secretario todo acto de sustanciación que se decrete en juicio, lo que es una excepción a la regla del artículo 64 del Cód. de Proc. La notificación del Laudo se entenderá hecha desde que se notifique a las partes el hecho de su pronunciamiento, lo que también es una excepción a la regla general de que los actos procesales sólo tienen valor en contra de quien se hacen valer, desde su notificación válida.

CAPITULO X

De las formas procesales

Los procedimientos judiciales se han establecido como una garantía de equidad y de justicia, porque mediante su establecimiento se coloca a las partes en igualdad de condiciones jurídicas para solicitar la protección de la ley. De aquí la necesidad de someter los procedimientos judiciales a ciertas solemnidades: prácticamente, decir que una gestión o negocio está sometido a un procedimiento, es reconocer la exigencia de formalidades.

Las formas procesales han sido muy criticadas y vimos, al comenzar nuestro estudio, que aún se había pretendido abolir los procedimientos para concluir con las formas que llegaron a ser excesivas.

No tardó, sin embargo, en reconocerse este error y defenderse las formalidades del procedimiento, dándoles su verdadera importancia. (1)

En efecto, sin las formas el proceso sería un encadenamiento desordenado e inarmónico de actuaciones, propicias al desorden y a la incertidumbre; su falta traería como consecuencia una verdadera tiranía, porque hay que reconocer con don Valentín Letelier que «la arbitrariedad sólo es posible donde y cuando falta en absoluto el Derecho Procesal» (2). Pero de esta afirmación no puede deducirse la necesidad de que el derecho dependa exclusivamente de la ejecución más o menos correcta de las formalidades; en páginas anteriores hicimos presente el ideal moderno en materia de procedimiento, según el eminente procesalista italiano, profesor Chiovenda, cual es «que ninguna litis se pierda por defectos de formas».

Tal ideal es imposible—por lo menos en la época actual—de llevarlo a la práctica; y es por eso que tenemos que presenciar un contraste entre las formas procesales, como una necesidad legal prácticamente imprescindible, y los principios de doctrina que aconsejan no sacrificar la realidad de los derechos discutidos en el pleito al cumplimiento estricto de dichas formas.

Esta situación crea la dificultad de encontrar un sistema adecuado que armonice la tendencia que trata de establecer el imperialismo de la ley y la que ve en la facultad del juez, el mejor sistema para regular las formas del proceso, y considerar

(1) Seligman, ob. citada.

(2) Locución citada.

si tal o cual omisión produce nulidad en un caso concreto. De todos modos, es preciso conciliar «las exigencias de la defensa de los derechos de los contendientes con la sencillez y rapidez de las prácticas judiciales» (1) y de aquí la importancia del problema.

El carácter conservador que prima en las legislaciones ha influído grandemente para que se haya adoptado el primer sistema en casi todos los países, más que todo por apego a la tradición, no siempre justa y razonable, que por necesidad legal. Sin embargo, algunas legislaciones han acogido la doctrina y han concebido la ley como el conjunto de normas que debe desarrollarse a la par de los adelantos sociales, es decir, se ataca la concepción de la ley como una regla de conducta, rígida y absoluta. En Alemania y Austria ha dado espléndidos resultados esta teoría, conocida con el nombre del «derecho libre».

En situaciones anormales y para precaver perjuicios se ha adoptado en forma transitoria este sistema en legislaciones que están más cerca del derecho francés que del alemán; tal ha sucedido en Italia. (2)

Pero, por regla general, se ha mirado con des-

(1) Lascano ob. citada, p. 36.

(2) Con motivo del terremoto de 1909 se dictó en Italia una ley que decía en su artículo 1.º «Las formas y los términos del procedimiento de la instrucción, serán determinados por el juez o por el Colegio **según las circunstancias del caso**». (Real Decreto de 31 de Enero de 1909).

Art. 5.º «Con análogos criterios de equidad serán regulados la instrucción y el trámite de los pleitos». (Real Decreto de 5 de Febrero de 1909).

confianza dejar en manos del juez un problema de tanta gravedad. Es cierto que éste sería un ideal, porque ninguno mejor que el juez puede apreciar en un momento dado la necesidad de que se respete una formalidad del proceso; pero también para nadie es desconocido el peligro que significa tal amplitud de poder en el magistrado; sobre todo en países nuevos—como el nuestro—con poca cultura jurídica y con el coeficiente de analfabetismo más alto del mundo, la adopción de tal sistema sería un error de incalculables males. Es necesario una difusión mayor del derecho y una independencia judicial a toda prueba, desligada de los compromisos sociales, para obtener éxitos con tal sistema. No deja de tener importancia a este respecto, el mayor o menor sentimentalismo de las razas, y, es por eso que en Alemania y Austria—pueblos que por ser de origen sajón son menos apasionados—el sistema que comentamos se ha desarrollado sin dificultad.

Nosotros distamos mucho de aquellas viejas culturas, razón por qué debemos descartar toda idea que signifique darle al juez amplias facultades en esta materia, sin que por eso se deba aceptar el atraso en que estamos hoy día, en que el juez es un mero espectador de la discusión de las partes; con iniciativa propia casi nula y con ningún poder para corregir o evitar la tramitación de procesos viciados de nulidad que hagan inútil el desenvolvimiento de la potestad de jurisdicción del Estado. El imperialismo de la ley es el sistema que más nos cuadra, dándole al magistrado cierta iniciativa particular en el desarrollo del juicio.

Este principio ha inspirado al Cód. Venezolano

que en el art. 229 dice: «Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto de procedimiento. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la ley o cuando haya dejado de llenarse en el acto alguno de los requisitos esenciales a su validez».

Una disposición análoga se hace necesaria en nuestro Cód. para que se consagre la doctrina que día por día se abre paso en las legislaciones modernas.

REQUISITOS SUSTANCIALES O ESENCIALES

Sobre los elementos que componen el acto procesal, la doctrina más aceptada hoy día es la que distingue en ellos dos clases de requisitos: los esenciales o sustanciales y los accesorios o secundarios (1). Aunque el principio ha sido combatido, figura actualmente en los principales Códigos. Nuestro Legislador no adoptó al respecto una teoría especial y generalmente se refiere a los «trámites esenciales de los juicios» más que a «los elementos esenciales de los actos de procedimiento». El recurso de casación está reglamentado bajo la base indicada.

Perc, ¿qué se entiende por requisito esencial?

En el decir de Pissanelli «la esencia de un acto se determina por su naturaleza y su destino; un acto en el cual faltan las condiciones y los medios necesarios para producir el efecto propuesto y ordenado por la ley, carece de forma esencial. Puede

(1) Mattirollo le atribuye la teoría a Romagnosi.

decirse que ese acto mejor que anulable es nulo y jurídicamente inexistente». (1)

Por su parte Glasson—dice—«que es esencial la forma sin la cual el acto no puede existir o no tiene los caracteres que la ley ha querido darle o no puede producir los resultados que pretendió el legislador». (2)

Mattirolo se expresa en análogos conceptos cuando dice «son aquellos elementos que no pueden suprimirse sin hacer cambiar el acto de naturaleza, y sin que adolezca de las condiciones indispensables para que pueda llenarse el objeto requerido por la ley», (3) y Solón, con mayor profundidad agrega que «son los elementos que constituyen el acto y le dan el sér; de ellos se dice: *forma dat esse rei*». (4)

No obstante estas opiniones por demás autorizadas, conviene tener presente que la naturaleza y destino de un acto de procedimiento no basta siempre para determinar el carácter de sus elementos; es claro que esas bases abren el camino para localizar el acto; pero las circunstancias del caso concreto pueden influir grandemente en la determinación de las características; y así, si es esencial que la notificación cumpla con los requisitos establecidos por la ley, debe sin embargo aceptarse como válida aquella que no reúna esos requisitos cuando el notificado interviene en el pleito sin re-

(1) Relazione Ministeriale sul. proj. de C. de P. C. N.º 41, cita de Lagarmilla Cód. Proc. Civil Uruguayo, pág. 260.

(2) Glasson ob. cit. t. 2.º N.º 178.

(3) Ob. cit. t. 2.º N.º 178.

(4) Solón. Theorie sur la nullité, t. 2.º, N.º 178.

clamar de la nulidad. De todos modos, como el legislador debe disponer reglas generales, las definiciones que se dan de los elementos esenciales, expresan claramente su significado.

En ciertas ocasiones la ley ha sido absoluta para exigir como esencial una determinada formalidad; en los casos, por ejemplo en que se exige el juramento no hay otro medio equivalente para reemplazar el acto; el que presta el juramento deberá decir: «si juro»; otra expresión cualquiera no puede sustituirla. (1)

En cambio, por requisitos accidentales se entienden aquellos elementos que sin ser de la esencia del acto contribuyen a darle garantía de ser ejecutados correctamente, produciendo los efectos que el legislador persigue. Las formalidades accesorias aseguran la eficacia jurídica del acto procesal; es por lo tanto necesario que se cumplan; pero no motivan por sí mismas una causal de nulidad, y de ahí que la ley castigue su omisión con la nulidad o deje, en otros casos, a la prudencia del juez determinar si procede o nó esta sanción, cuando esas garantías contribuyen en tal forma a conseguir el fin deseado, que sin ellas no puede considerarse el derecho que el legislador confiere.

Sin embargo, cualquiera que sea la opinión sobre los elementos esenciales y accidentales del acto procesal, entre nosotros, pocas veces la ley dispone cuando una formalidad tiene uno u otro carácter. Uno de estos casos es el artículo 64 de nuestro Có-

(1) El nuevo proyecto modificó en esta parte el art. 65 del Cód. disponiendo que en estos casos se puede decir: «si juro» o «si prometo» (Art. 109 del Proyecto).

digo que considera esencial la autorización del funcionario que deba dar fe del acto;—pero fuera de ése, la determinación de la esencialidad o accidentalidad de una forma, queda entregada al juez; y es muy difícil, porque frecuentemente la esencia de un acto puede o no comprender un elemento según como lo haya considerado el legislador y según la circunstancia en que se produzca;—por eso que la investigación de esa voluntad legislativa es fácilmente empírica o subjetiva. (1)

Estas razones hacen que no todos los tratadistas estén de acuerdo en esta distinción de formalidades esenciales y secundarias; no le desconocen su importancia; pero la atacan porque a veces puede resultar poco práctica, ya que «pospone el principal interés de las partes al teórico rigor de los principios, como que la anulación en todo caso en que aparezca como sanción legal expresa de la formalidad de un acto, aún cuando ésta no pare el menor perjuicio a ninguno de los litigantes, en vez de beneficiarlos, había de redundar en su daño, puesto que para reparar el vicio o la falta en que se ha incurrido, habría siempre necesidad de deshacer y rehacer actuaciones, producir demoras y causar nuevos gastos». (2)

No es tarea fácil, pues, la determinación del elemento esencial, ya que pueden influir en un caso concreto las condiciones de tiempo, lugar y las circunstancias que han originado el acto.

Pero además se ha hecho otra objeción más seria

(1) Chiovenda ob. cit. t. 2.º

(2) Borjas. Comentarios al Cód. de Proc. Civil Venezolano, t. 2.º, párrafo IV, N.º 248.

a la teoría de Romagnosi y se ha dicho que la división en condiciones sustanciales y accidentales es ilusoria; que en realidad no hay, prácticamente tal separación, porque todo acto procesal es complejo; todas las formalidades, tanto las más importantes como las menos útiles, son de una misma naturaleza y todas concurren a la formación del acto que se constituye por su reunión o conjunto; la separación—se ha dicho—es arbitraria, (1) y los defensores de tal teoría reconocen su inaplicabilidad en el caso de una ley de orden público. (2)

Quien hace tales objeciones aconseja un criterio basado en el fin que se tuvo en vista con la creación de la norma y en los intereses contrapuestos de las partes.

Y así dice Japiot—que por una parte se encuentra el interés en que se sancione la omisión de formalidades exigidas por la ley, porque esas exigencias constituyen la protección del interés de la parte; al no cumplirse las formalidades se amenaza ese interés y debe anularse el acto. Por otra parte—agrega—se encuentra el interés del contrario que trata de mantener el acto viciado: debe entonces pesarse cual de estos intereses es mayor, teniendo en vista el interés abstracto considerado por el legislador.

No nos parece malo el sistema, porque en él se pesan dos derechos contrapuestos: el que defiende el cumplimiento de la ley y sostiene la necesidad de

(1) M. René Japiot. Artículo publicado en la revista *Trimestrielle de Droit Civil*, año 1914, p. 243. *Des Sanctions en matière de Procédure*.

(2) Así lo reconoce Glasson, *ob. cit.* t. 1.º N.º 22.

no entorpecer el procedimiento con la declaración de nulidad y el que pide se aplique esa sanción; pero debemos convenir que, por muy en cuenta que se tenga el interés del legislador para crear la norma, siempre va a ser el juez quien determinará qué situación es la que debe preferirse: si el respeto a la ley, declarando la nulidad, o si el beneficio general de la rapidez de los juicios manteniendo el acto vicioso. Se comprende que es indispensable una cultura superior, y más que todo una confianza absoluta en el saber y rectitud del magistrado para adoptar tal sistema.

Para muchos autores la falta de un elemento esencial no sólo anula el acto sino que—como dice Lagarmilla—mejor que anulables son jurídicamente inexistentes (1). Opinión que repite Solón al decir que «se consideran como si no hubieran ocurrido, pues ellos no reúnen las condiciones sobre las cuales la ley civil los ha admitido»; (2) Y Mourlon expresa: «Si una sola de estas condiciones falta no hay sino un acto informe que no responde a ningún nombre y que no puede jugar el rol jurídico que se propone; las condiciones esenciales tocan a la existencia misma del acto». (3)

Esta situación nos hace distinguir entre el acto mismo y sus efectos; y así dice de la Colina: «Al hablar de las nulidades me refiero a las irregularidades del procedimiento que pueden o no originarlas, no a los actos del mismo que pueden y deben

(1) Cód. de Proc. Civil. (Uruguayo), locución citada.

(2) Ob. cit. t. 1.º, p. 15, N.º 29.

(3) Mourlon y Naquet. Procedure en matière Civile et Commerciale, p. 297, N.º 323.

darse por inexistentes, (1) o más bien dicho «se consideran no nacidos».

Determinar cuando se trata de un elemento esencial tiene una importancia grande para la validez de las actuaciones y es por eso que el problema se presenta interesante. Así por ejemplo, una notificación por el Estado exige, como condición indispensable, que se incluya en el estado que debe hacer el secretario, conforme al artículo 53 de nuestro Código. El estado no podría firmarlo un receptor en el carácter de tal. De igual manera, esta notificación y cualquier otra, fuera del asiento del Tribunal y fuera de la secretaría no puede ser efectuada por el secretario sino por un receptor y si la hace el secretario, es nula, porque éste no tiene competencia fuera del recinto de la secretaría.

Dicho lo que precede podemos afirmar que la esencialidad de un elemento para la validez de un acto procesal, depende las más de las veces del fin o motivo que guió al legislador para establecer una formalidad. Si este motivo puede llenarse por otros medios igualmente adecuados y ellos no están prohibidos por la ley, puede concluirse un acto procesal apartándose de la letra de la ley para buscar en el espíritu de la legislación la verdadera intención que se tuvo en vista al crear la formalidad. A este respecto es aplicable entre nosotros la doctrina francesa que defiende el principio de la no sacramentalidad del derecho. La aplicación del principio que nada es sacramental en nuestro derecho nos hace concluir que las formas legales—dice Mour-

(1) De la Colina, Derecho y Legislación Procesal, t. 1.º, p. 419, N.º 442.

lon—pueden ser suplidas por equivalentes para servirse de expresiones consagradas por el uso. (1)

En lo que se refiere a las notificaciones, nuestro Código ha dispuesto que aunque no se llenen los requisitos legales es válida una notificación si no se interpone reclamo en tiempo, art. 58. La inactividad de las partes valida el acto nulo pero a la vez tiene ésta el derecho de pedir la nulidad,—y será cuestión que resuelva el juez la de saber si se falta a un elemento esencial o no. (2)

La importancia del fin que se persigue con la formalidad se revela en cada acto procesal, y así, en el embargo es esencial que se haga la entrega de los bienes embargados al depositario, sin la cual éste no puede ejercer su mandato; y para que la entrega sea válida no basta la posesión material del depositario, sino que ésta debe acreditarse por el certificado del receptor en el expediente. El art. 472 es preciso: al decir: El embargo se entenderá hecho por la «entrega real o simbólica», etc. Pero no es esencial tener a la vista la cosa embargada, (3) porque lo que se persigue con este acto es asegurar bienes que respondan a la ejecución y este fin no sufre desmedro con no tener el bien a la vista, lo que en ciertos casos es imposible, como cuando se embarga dinero.

En la vista de la causa es esencial la relación y los alegatos, sin los cuales la sentencia de segunda

(1) Ob. citada, pág. 296.

(2) Mourlon pone el siguiente ejemplo: El Cód. exige bajo pena de nulidad que la citación de emplazamiento contenga el nombre del demandante; pero no es nula si éste puede identificarse por otros medios.

(3) Ap. Talca, G. 1914, p. 1044, S. 374.

instancia es nula; (1) es esencial cualquiera formalidad dispuesta por una ley de orden público, como la de no poderse notificar fuera del radio jurisdiccional, o sin orden judicial, sin la cual no puede proceder un receptor o secretario, el juramento en los casos exigidos por la ley, sin el cual se le considera rebelde al declarante; (2) es esencial oír al Ministerio Público cuando la ley lo dispone; lo es también la declaración de admisibilidad de las excepciones en el juicio ejecutivo; la providencia que acoge o rechaza una interposición de recurso sin declarar la inadmisibilidad o admisibilidad de éste, son esenciales las diligencias que la ley ha enumerado como causales de casación; pero, los efectos de ésta son diferentes a la de los vicios que anulan el proceso como lo veremos más adelante, etc., etc.

Determinar esta circunstancia es materia que le corresponde al juez, debiendo tener como guía el principio de que si se trata de un elemento que constituye una garantía y ésta se puede llenar por otros medios igualmente eficaces no debe declararse la nulidad si se han cumplido éstos y no aquéllos. El derecho francés ha templado así el rigor de las nulidades acogiendo la teoría de los equivalentes procesales en virtud de la cual no es necesario que se cumplan estrictamente las formas procesales, si por otros medios igualmente eficaces se consigue el fin que pretende el legislador. (3) De preferencia es aplicable la doctrina a las formalidades secundarias.

(Continuará).

(1) Cas. g. 1912, p. 153, t. 76.

(2) G. 1904, t. 1.º, p. 311, S. 302.

(3) Mourlon, ob. cit., N.º 323; Garsonnet, t. 2.º, p. 97, N. 52; Bortard, t. 1.º, N. 148.