

NULIDADES PROCESALES

✓

UNIVERSIDAD DE NARIÑO	
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS	
PASTO - COLOMBIA	
Nº	19557
Vº	900 =
Fe	VI-8-76
For	Disca
Lib	Aut

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

INTRODUCCION

El derecho procesal civil colombiano es una rama del derecho público que tiene por objeto lograr la satisfacción de los derechos subjetivos de las personas físicas y jurídicas.

Para el efecto, los legisladores de las diversas épocas han procurado por diversos medios y con diversos fines, lograr la satisfacción de los derechos subjetivos de las personas físicas y jurídicas.

NULIDADES PROCESALES

El presente es un estudio sobre las nulidades procesales, que el legislador colombiano ha establecido en el Código de Procedimiento Civil.

El presente estudio se divide en dos partes: la primera trata de las nulidades de hecho y la segunda de las nulidades de derecho.

Tesis de Grado
presentado por,

MILTON RAUL ERASO R.

El presente estudio se divide en dos partes: la primera trata de las nulidades de hecho y la segunda de las nulidades de derecho.

El presente estudio se divide en dos partes: la primera trata de las nulidades de hecho y la segunda de las nulidades de derecho.

AN
T
D345.726
E65

INTRODUCCION

El derecho procesal civil Colombiano es una rama del derecho público interno, que tiene por objeto lograr la efectividad de las disposiciones sustantivas del Código Civil.

Para el efecto, las legislaciones de los diversos países se han preocupado por consagrar sistemas mas o menos técnicos en orden a lograr el reconocimiento y efectividad de los derechos y obligaciones civiles. En la medida en que logren estriva su conveniencia y utilida

Al respecto es oportuno aclarar, que el legislador Colombia no no desarrolló una doctrina procesal autentica u original, porque - el Código Judicial establecido para la Nación, no es una obra exclusi va del pensamiento doctrinario o jurisprudencial colombiano; puesto - que para su estructura y codificación se tuvieron en cuenta procedi - mientos extranjeros de variada tendencia, que por la misma razón no - resultaron adecuados para lograr un contenido armónico y sistematico - del procedimiento.

El actual Código de procedimiento Civil, está contenido en - la ley 105 de 1.931; por el análisis y el estudio de su contenido en - general, se comprende que aún no alcanza la técnica y solidéz desea - das pues en muchos de sus aspectos se advierte que apenas está en for

mación y por lo mismo esperando el aporte doctrinario y el concurso decisivo del legislador que lo constituya como un auténtico derecho instrumental.

En consecuencia, no se puede aceptar el criterio de que el C. J. sea una obra perfecta, y aún mas si se pretende que esa obra talvez aplicable en su tiempo, pueda seguir rigiendo las relaciones jurídicas entre los hombres, por mas que hayan variado las estructuras sociales, políticas y económicas del País.

El tema que me propongo exponer, se refiere a las nulidades adjetivas o procesales consagrado en el cap. VII libro 2do. del Código Judicial, tema que por su estrecha relación con los presupuestos Procesales y los vicios del procedimiento, tiene una trascendental importante. No obstante es de advertir previamente, que la reglamentación de éstas materias en el Código, dejan mucho que desear por su inconveniencia y falta de criterio de su contenido; especialmente en cuanto se refiere al alcance de las Nulidades Procesales y aún en otras materias, como el capítulo de las excepciones en donde el legislador tampoco desarrolló una doctrina procesal adecuada, puesto que se contentó con dictar preceptos arbitrarios que encuadran la doctrina procesal.

La misma organización legal destaca su falta de principios básicos, que no fueron previstos por el legislador por lo que se podría decir, que su intención al consagrar el sistema de Nulidades y especialmente en relación con algunas disposiciones - Arts. 445 - 446 y 447 - fué seguramente la de respaldar al máximo los derechos de

las personas que actúan frente al proceso.

Estas razones han hecho que las Nulidades consideradas desde el punto de vista de la facultad, no solo sean un medio de impugnación legal para las partes; sino que aún mas, el celo exagerado del legislador lo llevó a consagrarlas fuera de las instancias propias del juicio, en unas ocasiones como causal de casación- ley 16 de 1.968 - y en otras pportunidades en juicio ordinario, en donde una vez declarada la Nulidad de que se trate, servirá para oponerla en juicio anterior.

Lo dicho pone de manifiesto la importancia que por uno u otro aspecto resulta del tratado de las Nulidades; de manera que si guiendo su estudio creo conveniente analizar la naturaleza misma del concepto y su alcance, con el objeto de comprender bien la intención del legislador al consagrar éste capítulo.

EL AUTOR

NULIDADES PROCESALES

CAPITULO 1

DE LOS VICIOS DE LOS ACTOS PROCESALES

El procedimiento considerado como un sistema unitario tiene por finalidad lograr dentro de un juicio determinado la solución judicial de una relación jurídica de carácter ligitiosa mediante un "normal" desenvolvimiento de la relación jurídica procesal, que debe sujetarse al ordenamiento legal.

Para garantizar esta adecuación dentro del marco legal, el derecho ha establecido reglas jurídicas que deben ser observadas estrictamente con el objeto principal de que se produzcan efectos jurídicos-válidos- esta es una característica propia de los actos jurídicos o de aquellos actos que tienen un principio de existencia.

De modo que es la propia ley, la que determina las sendas procesales y dentro de cada una de estas, los trámites correspondientes, los recursos conducentes, los incidentes que pueden desencadenarse, y las sanciones respectivas para los casos en que se infrijan los preceptos establecidos.

Pero bien puede ocurrir que no obstante todo el cuidado que se tenga - en la observancia de dichas reglas, el cumplimiento de la actuación judicial resulte ser contrario al ordenamiento legal. Esta desviación que se produce por la actuación contraria de las partes en relación con el mandato legal, se traduce en la presencia dentro de la actuación judicial, de vicios o defectos, porque según lo afirma Carnelutti " Que el defecto de un requisito, se llama vicio del acto; y que el vicio del acto es un evento, contra el cual, naturalmente el derecho trata de reaccionar" (1).

En consecuencia para combatir esas actuaciones negativas debe existir un medio de oposición que faculte a la parte lesionada en un interés jurídico, para pedir su reposición. De este modo aparece - el concepto de remedio, como un medio de oposición al vicio del acto. Hay que advertir que la noción de remedio, no necesariamente tiende - a eliminar el vicio porque según el mismo autor lo dice "Que bien puede ocurrir que a pesar del vicio, el acto responda a conveniencia y a justicia, o que aunque esté dotado de todos los requisitos legales no responda a esos fines" (2).

Se comprende por el alcance de este criterio, que el concepto de remedio en sí mismo considerado, no pretende eliminar el vicio - de que se trate, - al menos literalmente - puesto que su objetivo es - ante todo lograr adecuar el acto a su finalidad. De este modo se entiende claramente, cómo para el derecho Procesal las formas sean objeto de una estricta observancia y preocupación constante.

Con el objeto de precisar bien la existencia de los vicios -

o defectos dentro del proceso es oportuno tener en cuenta la distinción hecha por Carnelutti cuando dice "Que la clasificación de los requisitos de los actos jurídicos, es uno de los cometidos mas delicados de la teoría general en la parte que se refiere a la dinámica del derecho y considera que dichos requisitos de los actos jurídicos se distinguen - en tres categorías PRESUPUESTOS, ELEMENTOS, Y CIRCUNSTANCIAS. Explica que los presupuestos se refieren a lo que debe existir antes del acto - en la persona que actúa, a fin de que el acto pueda surtir efectos jurídicos. Los elementos, en cambio se refieren a lo que debe existir en el acto, a fin de que éste despliegue su juridicidad y finalmente las circunstancias, que se refieren a lo que debe existir fuera del acto; esto es de la persona que actúa, o de la cosa sobre que actúa, a fin de que pueda derivar efectos jurídicos. De modo que los presupuestos y elementos son por esos requisitos intrínsecos del acto, mientras - que las circunstancias son o se refieren a requisitos extrínsecos"(3).

Aprovechando esta distinción, debo manifestar que las nulidades que se refieren a los defectos o vicios de las actuaciones conllevan en una u otra forma, la falla de algunos de los presupuestos procesales, que en sí mismos son requisitos o condiciones previas que deben tenerse en cuenta para la normal constitución de la relación jurídica. Por lo mismo y adelantando un concepto que explicaré luego, me parece que las deficiencias de los presupuestos procesales, teniendo en cuenta su estrecha relación con las Nulidades, deberían - ser observadas al trabarse la relación procesal que es donde debe

cuestionarse toda consideración puramente formalista.

Expresada la noción de defectos o vicios, es necesario distinguir, entre los defectos que pueden producir la revocación de los actos del juez, de aquellos que pueden producir su nulidad. La revocación se determina teniendo en cuenta los errores que dan derecho a pedir su revocabilidad por medio de los recursos consagrados para el efecto, de modo que cuando estos se interponen positivamente, se produce una rectificación del acto. La nulidad en cambio, se determina por los vicios que la producen, con el objeto de indicar sus motivos, en orden a establecer la invalidación de lo actuado o bien su convalidación. Estos efectos son exclusivos de las nulidades, que sirven para diferenciarlos de aquellos.

Siguiendo con este análisis, se determina, que el cumplimiento de los actos procesales está sujeto a estrictas formalidades de tiempo, lugar y modo, de cuya inobservancia se producen los vicios de las actuaciones procesales. De modo que cuando el acto procesal concretamente, se encuentra provisto de todos los requisitos necesarios se dice que es perfecto; de manera que la perfección del acto de acuerdo a las formalidades anotadas, se refiere a la presencia de todos sus requisitos; y se puede concluir a contrariu censu, que dé su imperfección se desprende la ausencia de algunos de sus requisitos, dando como resultado la presencia de un vicio que impide en consecuencia que ese acto así constituido, produzca efectos jurídicos.

Hernando Devis Echandía por su parte, "Considera que no todos los defectos o vicios de los actos procesales pueden producir —

iguales efectos, y al tratar de precisar el concepto distingue más claramente entre errores de contenido que se reflejan en la legalidad y justicia del juez, y en la eficacia o idoneidad del acto de partes; y vicios de forma, que afectan su validez en grado que puede variar según su importancia, explica que el remedio que para los primeros consagra la ley consiste en la impugnación para que sean revocados, mediante la oportuna formulación de los recursos; y para los segundos el remedio vá desde la impugnación hasta la nulidad relativa o anulabilidad, la nulidad absoluta, insanable o sanable y la inexistencia del acto (4).

Comprendida esta explicación, se advierte que en ella se hace alusión a los grados de ineficacia de los actos procesales, algunos de los cuales, como la nulidad absoluta sanable e insanable y la inexistencia del acto no están consagrados expresamente en el Código Judicial, cuya distinción es obra de la doctrina.

En síntesis, se observa que existe estrictas formalidades y ciertas condiciones legales para el cumplimiento normal de los actos procesales, que en caso de no ser previstos, impiden que se produzcan efectos jurídicos válidos; esta consecuencia es bien apreciada por Carnelutti, cuando dice " El acto es eficaz o ineficaz, según que produzca o no produzca efectos jurídicos " (5).

La importancia de esta primera distinción estriba en tener en cuenta que las " deficiencias intrínsecas " como las denomina Carnelutti, o de "Contenido material " según Devis Echandía, no puede dar lugar en su trámite para que se interponga el remedio de la nuli -

dad, puesto que por su naturaleza misma, ellas afectan la idoneidad del acto materialmente, lo cual implica que son actuaciones válidas, mientras no sean revocadas; o también se podría decir, teniendo en cuenta los efectos jurídicos de los actos, que estos subsisten, mientras no sean revocadas por el juez o su superior. En cambio teniendo en cuenta los requisitos extrínsecos, que se refieren a la previcción de las formas establecidas para el normal desenvolvimiento de la actuación procesal, es necesario advertir que cuando dichas actuaciones adolecen de vicios de forma, el acto así conformado, no llega a tener existencia jurídica, anomalía que se extienden a los efectos jurídicos, pues estos no producen efectos jurídicos plenos y aún más están sujetos a desaparecer.

Del presente análisis, se determina claramente que la nulidad procesal, siempre hace relación a vicios del procedimiento, o a la tramitación irregular o defectuosa de un proceso, advirtiéndose que no toda irregularidad del proceso es causa de nulidad.

Por la naturaleza misma y efectos que la caracterizan, la nulidad procesal se diferencia de la nulidad sustantiva consagrada en el título XX libro IV del Código Civil; porque las nulidades civiles se refieren a la ausencia de algunos de los requisitos que la ley prescribe para la validez de los actos o contratos en sí mismo considerados, puesto que se refieren a los actos jurídicos. La nulidad adjetiva o procesal se refiere contrariamente a las irregularidades, errores o vicios de la actuación judicial. Es necesario en este punto distinguir los vicios de procedimiento, de los vicios que afectan el concen-

timiento señalados en el artículo 1.508 del C.J.

En este orden, tratándose de detallar exhaustivamente el tema, y no por costumbre, creo conveniente emitir un concepto sobre lo que es la nulidad. Al respecto ya se vió como la nulidad se ha considerado como un remedio o aún como una especie de recurso consagrado por la ley con el fin de obtener la legalidad del acto viciado. En este sentido--- se podría decir concretamente, que la nulidad es un medio de impugnación legal, de que dispone la parte perjudicada en el procedimiento,--- para obtener la finalidad perseguida con el acto viciado.

No obstante y por la extensión del concepto, esta definición estaría restringida al ejercer dicha facultad, unicamente dentro de las instancias del juicio como ese poder expresamente se extiende fuera de las instancias propias del juicio - Art. 457 con el objeto de pedir en juicio ordinario y cuando ello sea conducente, la declaración de nulidad; y en casación ley 16 de 1968- según motivos especiales; --- habría que proceder a integrar el concepto teniendo en cuenta su contenido y alcance general en la siguiente forma: la nulidad de su medio de impugnación legal establecido taxativamente, que tiene la parte perjudicada, para pedir dentro o fuera del juicio la nulidad de que especialmente se trate.

Digo que es un medio de impugnación, porque éste es el recurso que le cabe alegar a la parte perjudicada en el proceso por una actuación negativa. Legal, porque esta expresamente consagrada por el C.J.

Establecido taxativamente, según el carácter de las causales del Art. 448 que es restrictivo. Que tiene la parte perjudicada, pues el Legislador - las consagró para salvaguardar los derechos de las partes actuando en el proceso. Para pedir dentro o fuera del juicio la nulidad de que especialmente se trate, según las modalidades de interposición de las causales de nulidad.

Se habrá observado que para denominar los defectos del procedimiento, se usan varias expresiones tales como? irregularidades, errores y vicios, sin embargo no se puede afirmar que ésta sea una denominación indistinta, sobre todo teniendo en cuenta que la importancia de - estos defectos no es siempre la misma, en consecuencia es necesario proceder a determinar sus efectos.

Couture, sostiene "que la irregularidad del acto procesal, o sea el desajuste entre la forma determinada en la ley y las formas utilizadas en la práctica, es en todo caso una cuestión de matices, que - corre desde el apartamiento gravísimo, alejado en absoluto de las formas requeridas, hasta el levísimo apenas perceptible. Paralelamente a ese apartamiento se va produciendo la ineficacia del acto; y así el acto absolutamente irregular, es absolutamente ineficaz" (6).

Acogiendo este criterio, se puede concluir diciendo que la imperfección del acto, engendra su ineficacia, que equivale también a decir, que no produce efectos jurídicos. La ineficacia en sí mismo considerada se presenta en tres formas: así partiendo de los efectos mas graves, se presentaría la ineficacia máxima llamada inexistencia, luego la nulidad absoluta, que por admitir un principio de existencia ---

puede en determinadas condiciones producir efectos jurídicos; y por último en un grado inferior de ineficacia, la nulidad relativa. Procederé a determinar estos conceptos.

La inexistencia, es un simple hecho que se opone a la existencia del acto y desde ese punto de vista se considera incompatible con la noción de nulidad que implica un principio de existencia. Carnelutti anota al respecto "Que la nulidad que equivale a la ineficacia del acto, difiere de la inexistencia en que esta no se refiere como aquella, a los efectos jurídicos, sino el acto en sí: expresa no el acto que no produce efecto, sino el "no acto"; es decir, que es la negación del acto mismo" (7) . Por lo mismo, la inexistencia como un grado mayor de ineficacia y como máxima sanción dentro del procedimiento, se refiere a la esencia misma del acto, o sea a las consideraciones de su propia validez y existencia. Esta diferenciación es importante, porque precisando los elementos que son de la esencia del acto, se puede oponerlos al concepto de inexistencia, que como un simple hecho que es no puede producir efecto jurídico alguno; de modo que el acto inexistente no puede ni necesita ser invalidado, ni mucho menos convalidado, porque simplemente no existe.

La nulidad Absoluta; teniendo en cuenta los efectos que el acto puede producir, se determina que la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero si necesita ser invalidada; no obstante es tal la gravedad de los vicios que la caracterizan que se ha llegado a equiparar sus efectos con los de la inexistencia. Sobre este punto la Corte dice "Se deduce de este concepto que en una sistemá-

tica que como la del Código, consagra la nulidad para los actos tanto - relativa como absolutamente ineficaces, por lo cual la nulidad absoluta vendría a confundirse con la inexistencia en lo relativo a la no - producción de efectos, y no debe hablarse de la última sino cuando se - trata de actos sin virtualidad suficiente para ligar al juez, por carecer aun del mínimo de formalidades externas para producir consecuencias jurídicas." (8) De manera que la nulidad, una vez comprobada debe ser invalidada efectivamente, puesto que hasta no hacerlo conserva una cierta relativa existencia, que no da margen tampoco para que sobre esa base se eleve un acto válido. Se concluye entonces que la nulidad absoluta debe ser invalidada y para su declaración se puede proceder aún de oficio y sin requerimiento de parte.

Finalmente se impone el examen de los actos relativamente - nulos. El error o defecto que caracteriza a esta clase de actos, es de carácter leve y su ineficacia se traduce en el desconocimiento de las - formas adecuadas para lograr la existencia jurídica del acto. Coincide con la nulidad absoluta en que sus efectos subsisten, mientras el Juez no la declare; pero se diferencia de aquella en que si la actuación - transcurre sin que se invalide, la ratificación, que en este caso sería tácita, dá firmeza a la actuación es decir a sus efectos. En cambio, teniendo en cuenta los defectos graves que conlleva la nulidad absoluta , sus efectos no pueden ser ratificados.

En esta parte es conveniente distinguir entre nulidades sanables, y nulidades insanables, pues según Hernando Devis Echandía dice: "Es importante la clasificación de nulidades en sanables e insana - bles, según que pueda convalidarse la actuación por la simple manifes - tación de las partes en ese sentido; o por el contrario eseremedio re -

sulte improcedente. La economía procesal aconseja extender el saneamiento de la nulidad a la mayor parte de casos, y por lo tanto salvo—disposición en contrario, creemos que debe considerarse como la regla general, y que se debe mantener la nulidad insanable, como un remedio extremo, cuando la gravedad del vicio haga que el legislador la consagre. (9)

Este criterio es muy conveniente y acertado, sobretodo porque tiene en cuenta el principio de economía procesal que debe orientar todo procedimiento. La regla general es acogida por varios tratadistas — así Rocco, opina "Que los actos procesales ineficaces, pueden llegar— a ser eficaces, siempre que no se trate de la inexistencia del acto."— (10).

Al respecto de nuestro Código tambien adoge la regla general— de que toda nulidad es sanable, mientras no exista norma expresa en — contrario, especialmente en los arts. 449 - 454 - 445 - 459 del C. J.— El fundamento de ésta regla se encuentra en la aplicación del principio de economía procesal y en el hecho de que la ley permite la convalidación de todos aquellos actos que por tener un principio de existencia jurídica y no contrariar el orden público, son susceptibles de existir— jurídicamente.

Teniendo en cuenta que las causales de nulidad estan institui— das sobre la posibilidad de la convalidación— siendo esta una carácter— ristica propia del sistema— se podría concluir sosteniendo, que siem— pre que exista alguna forma de convalidación posterior, no hay nulidad.

CAPITULO II

SU ENUMERACION

En este aspecto nuestro Código de procedimiento civil, se ha guiado por un principio del derecho francés que dice "Que no hay nulidad sin ley específica que la establezca", de modo que ninguna actuación procesal, podrá ser declarada nula, si la nulidad de que se trata no está formalmente declarada en la Ley.

Esta es una de las teorías existentes, para determinar la existencia de nulidades, tiene como fundamento la gravedad del remedio de la nulidad como máxima sanción. Desde este punto de vista las nulidades, son en nuestro derecho de caracter taxativo y en consecuencia de restrictiva aplicación.

La segunda teoría, sigue el pensamiento Alemán, que concede amplia libertad al juez para decretar oficiosamente la práctica de las medidas que crea conveniente o necesarias para el buen desarrollo del proceso. En uso de esta facultad, el juez bien puede declarar nulos o válidos los actos que a bien tenga, con el objeto de juzgar con más acierto y guardar según se ha dicho "las garantías a las partes en el juicio, abandonado por consiguiente a la apreciación de los tribunales las consecuencias de los vicios de forma, o anulando o declarando válidos los actos de la relación procesal". (11)

Naturalmente que la aplicación de este sistema exige aparte de una preparación técnica, de una imparcialidad absoluta en la persona del juez. Por este aspecto este sistema ha sido fundadamente cri ---

ticado, puesto que si las nulidades establecidas taxativamente cons ti
tuirían por su impresión en cuanto al tiempo de interponerlas unsta
que a la buena fé de las personas actuantes en el preceso; con ma -
yor razón, las nulidades consagradas a criterio del juez implicarán -
una grave amenaza para el interez jurídico de las partes. Esto signi-
fica que el arbitrio judicial no tiene acogida en nuestro procedimien
to. En consecuencia el art. 448 del C.J. debe ser aplicado restrictiva
mente por el juez colombiano. Por cuanto establece taxativamente las
causales de nulidad de los juicios. De modo que fuera de las causa -
les de nulidad que la ley consagra expresamente, no puede hablarse de
nulidad de un proceso.

No obstante la clara posición del procedimiento colombiano al
consagrar expresamente al sistema Francés de las nulidades taxativas,
se ha crido por algunos expositores que dicho sistema es ~~enbético~~, -
porque habiendo consagrado el principio Francés de las N. taxativas, -
acepta la existencia de nulidades no consagradas en la ley procesal, y
como ejemplos se han citado los casos de violación del derecho de de-
fensa, contenido en el art. 26 de la constitución nacional; y por pre
termición de las formas propias del juicio. La problemática planteada
por la doctrina ha sido constante en afirmar esa contradicción en que
incurre la corte por esos aspectos; sinembargo éstos casos comprenden
situaciones ~~excepcionales~~ de especial observancia, porque tienden en si
mismo a ~~agarantizar~~ el derecho de defensa del demandado, que es uno -
de los mas importantes derechos individuales; y la propia corte dice
"Aparte de las nulidades previstas en los arts. 198 y 199 del Código de

procedimiento penal, de las cuales unas son de carácter absoluto y relativas, lo que quiere decir que para hacerlas valer es preciso cumplir los requisitos que los mismos arts. que las consagran imponen a las partes, la jurisprudencia ha convenido en ampliar un poco la órbita limitada en la ley con respecto a esta materia; y así han surgido en los debates de casación las llamadas nulidades constitucionales, porque tienen su origen en una norma del estatuto fundamental que traza pautas insalvables para los juzgamientos, entre las cuales y como de carácter mas radical y sustantivo figuran estas dos: ley anterior al delito y tribunal competente. Pero tambien ordena que se observen las formas propias del juicio, que no pueden ser otras que las establecidas en las leyes especiales".

"De manera que esta clase de nulidades, que mira a las garantías de los procesados y a que se cumplan las reglas que los preciden son de índole exepcional y como tales, unicamente pueden admitirse cuando la pretermición se traduzca en un perjuicio cierto demostrable para los intereses de la justicia, como sería, por ejemplo, el haberse adelantado el proceso sin escuchar al sindicato o a quien debía representarlo".

"Pero es claro que no de toda irregularidad o pretermición puede predicarse el vicio que lo afecte en su fundamento. Porque si así fuera, se le daría el carácter de general a lo que solamente por su carácter de extraordinario puede considerarse con valor suficiente para anular el proceso. Y es necesario repetir, que unicamente cuando la informalidad es substancial o afecta vitalmente el procedimiento --

previo a la decisión, en manifiesto daño al acusado o de parte legítima, es cuando puede decirse que el imperio de la constitución se ha quebrantado, y es preciso restablecerlo" (12)

Por lo espuesto, se advierte claramente que nuestra jurisprudencia no desconoce la existencia de nulidades originadas por violación del derecho de defensa, o por pretermisión de las formas propias del juicio, y aún más cuando la Corte ha tenido que considerar en sus debates - estos casos, sin perder de vista que se trata de situaciones excepcionales de restringida aplicación, sobretodo en cuanto se refiere a la existencia de un perjuicio cierto, o de un quebranto de principios universales, y por lo mismo no pueden ser desconocidos o violados, sin contrariar al propio tiempo el mandato Constitucional.

Por este motivo la Corte considera que "la violación del Art. 26 de la Constitución Nacional, puede presentarse en el caso de que se adelante un proceso civil por un procedimiento que legalmente no le corresponde, es decir, cuando se incurre en trámite irregular, pero nó - cuando en el trámite seguido, se hayan pretermitido formalidades propias de él, ya que en tal caso deben operar los remedios que el legislador ha consagrado, y que van desde la nulidad insanable hasta la simple irregularidad, que se sana con la ejecutoria de la providencia correspondiente pasando por la nulidad sanable y la inhibitoria para preferir fallo de mérito (Casación Nbre. 18 de 1.959).

En síntesis concluiré con lo dispuesto por el Código de enjuiciamiento "que hace de los motivos de nulidad una clasificación exhaustiva y exige tan solo como tales aquellos hechos que constituyen un evidente quebrantamiento de las normas procesales básicas o que -

desconocen el legítimo derecho de las partes de la defensa"

"Cualquiera de las irregularidades distintas, no constituyen -
motivo de nulidad" (13)

La Corte también concluye en este punto diciendo "que los motivos de nulidad adjetiva en la ley procedimental, han quedado reducidos a las irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa, - esto es, la Incompetencia de Jurisdicción, la Ilegitimidad de personería y la falta de citación o emplazamiento(C. J. Num. 1957- 1958).

De modo que las causas generales son taxativas y constituyen por lo tanto los únicos vicios que inducen a la nulidad. Fuera de éstos casos generales, las aplicaciones propuestas no pueden operar - sino dentro del restringido ambiente que la ley les ha señalado.

NULIDADES PROCESALES

P A R T E S E G U N D A

CAPITULO 111

ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE EL ARTICULO 448 DEL CODIGO JUDICIAL

Nuestra ley en el art. 448 del C. J. instituye las causales de nulidad general, o sea de aquellas que por su naturaleza pueden viciar cualquier índole del procedimiento.

Tales causales son:

- 1a.-La incompetencia de Jurisdicción
- 2a.-La Illegitimidad de personería en cualquiera de las partes, o quien figure como su apoderado o representante y
- 3a.-La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

LA INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Esta es la primera causal de el art.448, y se refiere a los casos en que un funcionario judicial que no obstante, estar investido de JURISDICCION, no puede ejercer competencia para un caso determinado. Entonces la llamada Incompetencia de jurisdicción supone ante todo que el juez sea realmente juez, es decir que en principio esté investido de jurisdicción y que además la ejersa en forma legal. Pero esta de acuerdo a la denominación legal no se refiere a la falta de jurisdicción, sino a la ausencia de la capacidad objetiva de quien la ejerce. Por lo mismo la adecuada denominación de esta causal sería .

Falta de competencia o simplemente, incompetencia, la cual consiste ---

en el ejercicio vicioso e irregular de la jurisdicción, sobre todo teniendo en cuenta la aplicación de los factores² objeto - subjetivo - territorial - funcional y de conexión.

De tal manera que si un juez cualquiera que sea su categoría conoce de un litigio para el cual no es competente, se presenta esta nulidad, que significa el ejercicio vicioso de la jurisdicción. Pero hay que anotar que como las nulidades no están establecidas con un carácter absoluto bien pueden ser convalidables según las circunstancias, lo cual se explica si se tiene en cuenta el precepto constitucional que dice "La Corte Suprema de justicia, los tribunales Superiores de Distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia". Esto significa que mientras un juez tenga el carácter de funcionario judicial - investidura - pueda seguir conociendo de un asunto, para el cual resultó ser incompetente, por facultad concedida por las partes y en los casos en que ello sea conducente.

En este orden se dice que es nulo lo actuado por quien no obstante, estar provisto de jurisdicción la ejerza viciosamente. Naturalmente -- que para ello ocurra dentro del proceso, se necesita que el juez que se dice del conocimiento, no haya determinado bien las razones de su competencia al constituirse la relación procesal.

Por este aspecto, aparece clara la relación de esta causal con el Presupuesto Procesal "Juez", sobre todo teniendo en cuenta su capacidad objetiva que equivale a la competencia; así que cuando un juez desprovisto de competencia actúa, falla también por el presupuesto procesal de juez -- competente. La relación por este aspecto se extiende a los llamados vicios del procedimiento, con el objeto de que la parte interesada interponga la

excepción dilatoria correspondiente, o en su defecto la causal de nulidad en estudio.

Esta causal según el Código se configura en los siguientes casos:

1.- Cuando el juez no sea competente por razón de los factores objetivo - subjetivo - territorial - funcional y de conexión.

2.- Cuando el juez haya perdido la competencia sobre el negocio de que se trata en forma absoluta. El Código confunde en este caso, con las situaciones que se refieren a la pérdida absoluta de jurisdicción Art.145 del C. J. y la establece en los siguientes casos:

1)- Por licencia para separarse temporalmente del destino, desde que se encargue del despacho la persona que debe reemplazarlo.

2).- Por causa criminal, desde el día en que se notifique el auto en que expresa o tácitamente se decreta la suspensión, y

3)- Por haber sido condenado a la pena de suspensión, mientras dure esta.

Hay nulidad por falta de competencia, cuando se ha suspendido la jurisdicción.. como dice el Código Judicial,

1)- Por apelación concedida en el efecto suspensivo, desde que se ejecute el auto en que se otorga.

2)- Por impedimento del juez para conocer de un asunto, desde que se manifiesta la causal por quien corresponde, hasta que las partes le prorroguen jurisdicción, si esta es prorrogable; o por recusación desde que el juez o magistrado recibe aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se comunique también oficialmente que ha sido negada la recusación.

3)- Por haber suspensión del asunto en los casos establecidos -- por la ley, o por acuerdo de las partes, y

4)- Por la competencia con otros jueces desde que se acepta -

4^a.- También se configura esta causal de nulidad en todos aquellos casos en la ley habla de usurpación de la ley. En los casos en que el juez comisiona a otro juez y este se toma mayores atribuciones.

5).- Hay también causal de nulidad por falta de competencia, - cuando el juez del conocimiento entra a revisar su propia decisión de fondo.

6)- Hay nulidad por incompetencia cuando el juez actúa en los casos de suspensión legal o convencional del proceso. (14)

"Sin embargo, no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción en los casos siguientes: Art. 449 del C.J.

1^a.- Si la jurisdicción es prorrogable y las partes han intervenido en el juicio sin hacer reclamación oportuna.

Es necesario aclarar que "La competencia por los factores objetivo, subjetivo y funcional, se llama absoluta, pues está establecida en interés general, por lo cual las reglas que la gobiernan son de orden público y como tales se sustraen al arbitrio de los litigantes. Por el contrario la competencia por el factor territorial, se denomina relativa, por regla general está establecida en interés directo y principal de las partes contendientes, que por lo tanto podrán expresa o tácitamente derogar las reglas que la determinan" (15).

2^a.- "Si habiendo hecho reclamación sobre este punto, se ha declarado inprocedente y se ha ejecutoriado tal declaración".

Es suficientemente clara esta disposición sin embargo hay que aclarar que cuando previamente se ha propuesto la excepción dilatoria de Declinatoria de jurisdicción y esta no ha prosperado, no es procedente luego --

volverla a tratar como causal de nulidad, por expresa prohibición del - Art. 456 inciso 2º; esto demuestra la estrecha relación que existe con las excepciones.

3º.- "Si la jurisdicción es improrrogable y se ratifica expresamente lo actuado".

Este caso implica la observancia de los factores improrrogables, que por lo mismo son de orden público y estricta observancia. La ley dice... Que el juez que advierta esta causal en el procedimiento equivaldría a decir, el juez que advierta su propia incompetencia - debe decretarla de plano y sin requerimiento de parte, pues ningún objeto tendría que el juez ponga en conocimiento de las partes nulidades que no pueden allanar.. Los efectos de esa declaratoria teniendo en cuenta el - tenor literal de la causal cuando dice "y se ratifica expresamente lo actuado", significa que no obstante la gravedad del vicio; las partes -- pueden ratificar lo actuado, lo cual pone de manifiesto la aplicación - de la regla general " de que toda nulidad es sanable, a menos que la naturaleza del vicio no haga posible la ratificación. De manera que la ratificación de la parte convalida la actuación, haciendo desaparecer el vicio de que se trate, con la circunstancia de que el juez incompetente debe separarse del conocimiento del asunto. Por esta razón se advierte claramente la diferencia con la competencia prorrogable, cuando la ratificación de la parte no solo produce el efecto de eliminar el vicio, sino que permite que el juez incompetente siga conociendo de la actuación; lo cual se explica una vez mas, porque en este caso la actuación corresponde de - todos modos a un funcionario investido de jurisdicción y por esta misma razón se entiende que si no se declara la nulidad, la sentencia definitiva

produce el efecto de convalidar la actuación.

Los anteriores han sido los efectos positivos en la actuación procesal de las partes, sobre la base de la posibilidad de convalidación de los vicios existentes. Por este aspecto se ha destacado ampliamente la bondad del sistema, sobre todo en relación a sus efectos propios -ratificación y convalidación - Pero es justo analizar también los efectos negativos de dichas actuaciones, los cuales se presentarían en el caso de que las partes se nieguen a ratificar los vicios que se mandan poner en conocimiento por el juez, determinando con esta conducta graves inconvenientes para el normal desarrollo del proceso y aun para el interés jurídico de las partes.

4º.- " Si la falta de competencia proviene de no haberse hecho el reparto, o haberse realizado mal o indebidamente".

Esta es una reglamentación de carácter administrativo, cuya inobservancia no es motivo de nulidad. El reparto de que habla la causal únicamente tiene por objeto dividir el trabajo entre los jueces de una misma categoría con el objeto de facilitar su tarea.

5º.- "Si tiene por fundamento haberse nombrado para el empleo a un individuo que no podía ser elegido".

Esta causal es de rara ocurrencia y se refiere al hecho de que un juez ^{no} haya acreditado las exigencias legales para tener la categoría de juez.

LA ILEGITIMIDAD DE PERSONERÍA EN CUALQUIERA DE LAS PARTES O EN QUIEN FIGURE COMO SU APODERADO O REPRESENTANTE.

Esta causal de nulidad se refiere a la indebida representación

en juicio. A pesar de la aparenta claridad de este concepto, es necesario proceder a determinar su alcance, puesto que su redacción adolece de alguna vaguedad que conviene explicar.

En sí mismo la ilégitimidad de personería comprende al presupuesto procesal "parte". Por este aspecto el tratadista Alvaro Leal Morales, considera que ese presupuesto de parte, bien puede referirse a) a la capacidad para hacer parte, b) a la capacidad de comparecencia, y c) al llamado yus postulandi." (16)

En primer lugar el numeral, no se refiere a la parte misma que comprende la denominada personería sustantiva o legitimación ad causam, que hace relación al hecho de que las partes sean realmente sujetos de derecho es decir a la circunstancia, de que existan como personas naturales o morales; porque cuando no existe la parte, no hay posibilidad de que exista proceso; lo mismo que cuando no hay juez, porque en esta hipótesis se presenta un vicio radical. De modo que una persona que no existe, no puede demandar ni ser demandado, por no considerarse sujeto de derecho. En conclusión debe decirse en esta primera situación que el proceso que se adelanta sin parte es como el proceso que se adelanta sin juez; de manera que la causal no se refiere a la personería sustantiva..." Que por la sustracción de parte equivaldría a la inexistencia" (17)

"Tampoco se refieren el numeral al yus postulandi porque este concepto, no se refleja en la personería entendida como existencia o como representación del sujeto de derecho, sino en un requisito singular que en ocasiones se exige para formar un extremo personal del proceso" (18).

Así pues, teniendo en cuenta que la disposici3n legal dice: "La ilegitimidad de personería ~~den~~ cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante", se está refiriendo al presupuesto procesal parte, además para el efecto de que se trata en este caso sólo se puede referir a la capacidad para comparecer en juicio por sí mismo o por medio de otra persona, así la considera Alvaro Leal Morales- cuando dice que esta causal hace relación a la nulidad que afecta al representante de la parte, o también a la capacidad de comparecencia".

"Considera que la existencia de este numeral se justifica - porque cuando en juicio actúa como demandante o demandado, una persona que no es hábil para comparecer por sí mismo por ser menor de edad hijo de familia, o por estar bajo tutela o curaduría, se presente la necesidad de acudir a una persona que represente sus derechos, o porque siendo capaz para comparecer en juicio, no lo hace por medio de una persona que represente legalmente sus derechos".

"En ejercicio de esta facultad se puede actuar procesalmente ya sea como representante legal o voluntario. Así una persona puede - representar a otra como síndico, gerente, y en todos los casos de representación de personas morales, o puede legalmente representar a una persona natural, como curador o como apoderado." (19)

Comprendida esta noción, es oportuno aclarar que son muy pocos los casos en los cuales el Código exige laprueba de la existencia de las personas que actúan en el proceso; así por ejemplo, teniendo en cuenta la incapacidad para comparecer en juicio de los incapaces arts.

306 y 307 del C. C., -o la comparecencia de las personas morales, cuya

representación se justifica por la imposibilidad física en que se encuentran, ha exigido la ley, que para que puedan actuar válidamente, deben acreditar su representación. Se exige igualmente la prueba de la existencia del demandado en los casos en que el juez debe fallar de plano, como en el juicio ejecutivo - cuya creación tiene por objeto impartirle mayor celeridad a las actuaciones procesales, en contra posición a la lenta e interminable tramitación de los juicios ordinarios - o en los juicios posesorios, o de lanzamiento, casos en los cuales el juez debe decidir después de corrido el traslado si no hay oposición. Sin embargo - este presupuesto no es indispensable acreditario Ab-initi en todos los juicios, lo cual significa, que dicho presupuesto se puede acreditar a lo largo del proceso, hasta antes de dictarse auto de citación para sentencia, o hasta antes de que el asunto pase a la mesa del juez para fallar. Esta facultad es concedida por el Art. 232 del C.J.

Siguiendo el estudio, el art. 450 del Código dice: "No hay nulidad por ilegitimidad de personería en los casos siguientes:

1o.- Cuando se ha resuelto en auto ejecutivo, que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante".

La falta de capacidad para comparecer en juicio, da lugar dentro del proceso a la excepción dilatoria de ilegitimidad de personería siempre que se trate de juicios ordinarios, o del especial de deslinde y amojonamiento; de modo que si se ha excepcionado previamente y con un resultado negativo, no es procedente luego volver a interponerla como causal de nulidad por expresa prohibición del art. 456 inc. 2o. C.J.

2o.- "Cuando se encuentre en los autos un poder conferido en legal forma a la persona de que se trate, aunque esto no lo haya admitido expresamente.

Esta deficiencia ocurre cuando una persona otorga poder a otra para que demande en su nombre, sin embargo aunque el poder se encuentre en los autos, no ha sido aceptado por el apoderado de que se trata. A pesar de esta omisión, el Código autoriza que por la aceptación subsiguiente se convalide este error.

3o.- "Cuando aunque el poder no sea bastante, la parte o algún apoderado o representante legal suyo retifica lo actuado".

Ya se ha dicho que las formas constituyen una constante preocupación para el procedimiento civil, no obstante el Código permite -- subsanarlas afortunadamente, porque de lo contrario pecaría de un exagerado formulismo y aún mas cuando las propias causales están instituidas sobre la posibilidad de la convalidación, como un efecto propio de las mismas; de modo que puede estar el poder redactado deficientemente, pero si la parte ratifica lo actuado por su apoderado, se sana este vicio.

4o.- "Cuando resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figure en el juicio como apoderado representa sus derechos, aunque carezca de poder, o esto no se halle arreglado a la ley".

El interés que pretende la ley en estos aspectos, es lograr que la parte esté debidamente representada en juicio, y si este interés se cumple, tanto en este como en los anteriores casos, se permite ratificar los errores anotados, sobretodo teniendo en cuenta la regla

general " de que toda nulidades sanable, mientras no exista una norma expresa en contrario "Este principio es muy saludable aún su pretendida bondad dependen de la forma como lo apliquen las partes.

LA FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO EN LA FORMA LEGAL DE LA PERSONA QUE HA DEBIDO SER LLAMADA AL JUICIO//

Esta causal se relaciona tambien con el presupuesto procesal de "parte" y se refiere a una persona física o moral que ha debido ser llamada o citada a juicio y no lo fué, pero que puede en cualquier momento dentro de las instancias sanear lo actuado en esa forma, acogiéndose a lo dispuesto por las reglas generales.

La causal se puede presentar en dos sentidos que es necesario tener en cuenta así:

a) La falta de citación o emplazamiento destinada a constituir regularmente la relación jurídica procesal, con respecto a uno o a varios demandados.

b) La falta de citación o emplazamiento de quienes han debido ser citados a juicio por el demandante.

Este último caso envuelve en sí mismo la situación de nulidades imprevisibles al constituirse la denominada relación, las cuales se denominan nulidades sobrevivientes.

Esta especie de nulidad ha sido establecida en orden a garantizar el derecho de defensa, que es uno de las más importantes derechos individuales, y especialmente en desarrollo del principio constitucional que dice "Nadie podrá ser condenado, sin antes haber sido condenado y vencido en juicio. Al respecto el art. 307 del C. J. recoge este principio cuando

"ordena" las providencias judiciales se ponen en conocimiento de las partes y demás interesados por medio de notificaciones que son, en lo general, personales o por edicto, o en la forma prevista en el art. 310 del mismo Código.

El Art. 312 del procedimiento ordena que se deben hacer personalmente las siguientes notificaciones:

10.- El demandado la del auto que le confiere traslado de la demanda, y en general la que tiene por objeto hacerla saber la primera providencia que se dicta en todo acto judicial.

Es necesario en esta parte expresar el criterio del tratadista Hernando Devis Echandía quien precisa el alcance general de esta causal, cuando dice "Que ella, se refiere a la falta de notificación en forma legal del auto de traslado de la demanda a las personas señaladas como demandadas 111, inclusive al incumplimiento de las formalidades para la designación de curador Ad litem a quien se hace tal notificación como representante del demandado, y a la falta de los emplazamientos que deben hacerse a personas indeterminadas en ciertos juicios o a las irregularidades de esos emplazamientos, como en el de sucesión o de bienes vacantes o mostrencos o de pertenencia o concurso de acreedores o quiebras, o de citaciones a determinadas personas como en los de deslinde o servidumbre, o a los herederos de la parte que muere o al mandante, cuando muere el apoderado. Pero no ocurre cuando se deja demandar a una persona, que por la naturaleza del derecho o relación jurídica controvertida o por expresa exigencia de la ley debe ser demandada (como al comprador en el juicio de nulidad o simulación del contrato que sirvió de título al vendedor, o a uno de los dondueños en el de expropiación o de deslinde), pues esto mira a la debida legiti...(sic)

-mación en la causa o personería sustantiva de la parte demandada, ya que -- se trata de ignorar el litis consorcio que en tales casos existe, lo cual re percutirá en la sentencia y puede alegarse como excepción dilatoria." Conclu ye diciendo , que la falta de otras notificaciones no produce nulidad." (20)

Sobre esta causal hay dos conceptos: a) el reconocido por la juris prudencia, o sea la causal de nulidad contenida en el art. 448, num. 3º que tiene aplicación cuando se ha citado mal a uno de los demandados; así por ejemplo demandando a tres personas de las cuales se cita normalmente a dos, pero con el tercero la notificación queda mal surtida; se presenta entonces un vicio en la citación, que implica que una parte demandada no ha sido citada o no ha sido bien citada. b) otra forma se presenta en los casos de litis consorcio necesario, que consiste en la pluralidad de las personas en la parte demandante o demandada. El litis consorcio puede ser necesario, cuando la relación jurídica procesal puede trabarse con varios por ser indivisibles -- el ejercicio de la acción, por ejemplo, el caso de nulidad de un testamento; pues cuando se pretende dicha declaración hay necesidad de demandar a todos los herederos, porque el testamento no puede ser válido para unos y nulos para otros, de manera que la nulidad de la relación procesal impide la divisibilidad de la continencia de la causa. En consecuencia, también es nulo el juicio por falta de citación o emplazamiento en los casos de litis consorcio necesario, cuando se ha dejado de demandar algún interezado que ha debido concurrir al juicio.

Por lo expuesto, se observa que la notificación a las

partes demandante o demandado, implica las de todas las personas que normalmente la constituyen y por lo mismo si falta una de ellas no puede decirse que la notificación ha quedado bien surtida.

Siguiendo este criterio hay que anotar como la ley dispone que se comparezca a las personas interesadas para que comparezcan a juicio así por ejemplo: en los juicios divisorios, en donde es indispensable la citación de todos los comuneros, y en caso de no procederse así sobreviene la nulidad, puesto que se trata de litis consortes necesarios y la propia Corte se ha pronunciado en los siguientes términos: "Conforme a los principios contenidos en el capítulo 3o. título 33 libro 4o. y especialmente en los arts. 2336 y ss. cada comunero tiene derecho incontestable para que en la partición se le adjudique una porción de la cosa común, que corresponde a la cuota que represente, de donde se deduce como consecuencia lógica que al llevar ante la justicia un problema sobre partición de bienes, todos los comuneros tienen derecho a participar en el juicio respectivo, y por lo mismo deben ser citados o emplazados en la forma legal, y al no hacerlo se incurre en la nulidad contemplada por el ordinal 3o. del art. 448. (21)

Otro tanto ocurre en el juicio de deslinde y amojonamiento, en el cual deben citarse a todas las partes a las que la sentencia pueda aprovechar o perjudicar. Lo propio acontece con el juicio de expropiación para el cual habrán de citarse a todas las personas que tengan derechos reales principales sobre el inmueble objeto de la expropiación. En el juicio sucesional se debe citar personalmente al síndico recaudador de los impuestos sucesorales; hay otros juicios como el de pertenencias en el cual es

necesario proceder a emplazar por medio de carteles y por la prensa a todos los que se crean con algún derecho en el inmueble. etc.

Cabe advertir finalmente que la citación o el emplazamiento se surten según el caso, con el cumplimiento de la citación, es decir que es indiferente para la validéz del juicio que el interesado comparezca o nó.

No obstante y por lo dispuesto en la parte final del art. 450 del C. J. "No puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación, o emplazamiento, cuando la persona o personas que fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad. "Esta disposición debe estar en relación con el art. 321 del C.J. que dice "Si la persona a quien debe (comunicarse) notificarse una providencia, manifiesta que la conoce por escrito que aparezca firmado por la misma y no a ruego se entienden surtidos en lo que a ella se refiere los efectos de la notificación."

NULIDADES PROCESALES

CAPITULO IV

QUIEN PUEDE PEDIR LA NULIDAD

Se presenta a consideración luego del estudio de las causales un tema muy importante, como es el de saber en cada caso a quien corresponde el derecho de alegar la nulidad, sobretodo teniendo en cuenta la amplia oportunidad que tiene las partes en ese sentido.

Según dice Carnelutti, "del concepto de anulabilidad se infiere fácilmente quien está legítimado para proponer la demanda de nulidad, o sea la invalidación: no puede ser más que la parte a la que perjudique no tanto el vicio como el acto viciado." (22)

Al efecto es oportuno recordar la distinción entre acto nulo y acto anulable, pues aquel es el que inicialmente no produce sus efectos jurídicos, mientras no se cumpla un hecho que lo sane si esto es posible; por el contrario el acto anulable, es aquel que inicialmente produce todos sus efectos jurídicos no obstante que luego, si se cumple un hecho previsto por la ley, esos defectos desaparecen. Se puede entonces concluir que el mencionado hecho consiste en la reclamación oportuna del interezado. Otros autores circunscriben el derecho de pedir la nulidad a un-

interés jurídico lesionado, así Coutere, "considera que la doctrina y la jurisprudencia son uniformes en el sentido de que la nulidad solo puede hacerse valer, cuando a consecuencia de aquellos queden indefensos los intereses de los litigantes o de ciertos terceros a quienes les alcanza la sentencia. Sin ese ataque al derecho, la nulidad no tiene porque reclamarse y su declaración carece de sentido. Y concluye en consecuencia afirmando que no existe impugnación de nulidad en ninguna de sus formas si no existe un interés lesionado que reclame protección" (23)

En este punto, nuestro Código judicial establece: "Que en cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trate este capítulo" artículo 456 inc. 1o.

El texto de éste artículo es demasiado general, puesto que no tiene en cuenta las causas de nulidad, y no los vicios que pueden producir la nulidad de que se trata. Por el alcance de su contenido se advierte que solo se refiere a las causales que sobrevienen durante el curso del juicio y que pueden ser alegadas por quienes son partes. Pero hay que distinguir que no todas las causales de nulidad se pueden alegar por cualquiera de las partes. De modo que es necesario diferenciar entre los distintos vicios o causas de nulidad, con el objeto de determinar aquellos que perjudican a las partes dentro del proceso, las cuales solo pueden ser alegadas por esa parte, que como dice Carnelutti "Que la persona que puede pedir la nulidad de un acto, es la persona que podría revalidar o ratificar lo actuado". (24).

Pero hay otras nulidades que por su interés general gravan a todos y que por la misma razón pueden ser alegadas por cualquiera de las partes.

Así por ejemplo, cuando se trata de casos de incompetencia inprorrogable - que el juez debe declarar de oficio y sin requerimientos de parte - por ser inallanables, y sobre todo teniendo en cuenta que se trata de normas de interés general, puede alegarlas cualquiera de las partes -- dentro de las instancias o aún fuera de ellas en casación, con la circunstancia de que este honorable tribunal no podría declararla de oficio, ni ponerla en conocimiento de las partes; lo cual implica que si bien la Corte no puede declarar nulidades de oficio, no obstante la ley ha querido - que conozca de vicios que se refieren a defectos de forma.

La causal de incompetencia de jurisdicción, como la denomina el Código, es necesario analizarlo en los dos sentidos en que ella puede convalidarse; así cuando la competencia es prorrogable solo puede declararse a petición de parte, para cuyo efecto el juez ha de poner en conocimiento de las partes las nulidades de que se trate, por medio de auto que se notifica personalmente. Esta disposición significa que el juez por sí mismo no podría decretar nulidades allanables, por que no puede decretar de oficio el cumplimiento de las normas sobre competencia territorial.

Por regla general una persona tiene derecho a que se le demande, en ejercicio de una acción personal ante el juez de su domicilio - Forum domicilii rei-, pero bien puede expresa o tácitamente consentir en que se le demande ante un juez distinto. En este caso lo que las partes pro-

rrogan por estar de por medio su propio interés y no tocar para nada el orden público es la competencia.

Así pues, las partes pueden convenir un domicilio - forum con tractus -, o ese domicilio puede deducirse por el lugar donde deba cumplirse una obligación - forum destinate solutionis -, o puede ocurrir como ya se dijo, que el demandado sea llamado a comparecer ante un juez distinto al de su domicilio, en cuyo caso puede la parte interesada convenir en ello tácitamente, o como dice el numeral 10. del Art. 449, sin hacer reclamación oportuna, o finalmente puede hacerlo expresamente prorrogando la competencia del juez en el término que tiene para contestar la demanda. Esta facultad que tiene la parte para prorrogar competencia se deriva también del principio establecido en el Art. 15 del C.C. que dice " Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no está prohibida la renuncia".

Por el contrario, cuando se trata de casos de incompetencia improrogable, el juez está facultado para considerarla en cualquier momento en que las advierta durante las instancias del juicio, con la obligación de decretarlas en ese mismo instante. Las partes, para este caso si bien no pueden prorrogar competencia, si pueden convalidar la actuación que resulte nula; porque la ley permite siempre la convalidación de todos aquellos actos que por tener un principio de existencia y no contrariar el orden público, son susceptibles de existir jurídicamente, pero por la misma razón la ley no autoriza que se convaliden actos que contraríen las normas de orden público.

Esa facultad que tienen las partes para convalidar una actua-

ción negativa del procedimiento, tratándose de un caso de competencia improrrogable, significa que el juez que reconoce su propia incompetencia - debe separarse del conocimiento del asunto sometido a su consideración, el cual debe pasar al juez que es competente.

En cuanto a la causal de ilegitimidad de personería, solo puede alegarla por esa causa el propio interesado, es decir la persona a quien perjudique esa actuación; que únicamente será la parte indebidamente representada, y no su representante ni menos la contraparte.

En cuanto a la falta de citación o emplazamiento, que se refiere a la falta de notificación en forma legal del auto del traslado de la demanda a las personas señaladas como demandadas, o a la falta de los emplazamientos que deben hacerse a personas indeterminadas, o en general a las irregularidades de esos emplazamientos, solo puede alegarlos quien ha debido ser citado o emplazado.

N U L I D A D E S P R O C E S A L E S

CAPITULO V

CUANDO PUEDE ALEGARSE LA NULIDAD

La nulidad como máxima sanción impuesta a los actos procesales debe aplicarse taxativamente a los casos expresamente determinados. En consecuencia se descartan de nuestro derecho la consagración de nulidades por analogía.

Por el alcance desmedido de la nulidad, se ha considerado además que esta noción es contraria al principio de economía procesal y por lo mismo se ha previsto que su aplicación se limite por diversos aspectos: a) en cuanto a las causales b) por las personas que pueden alegarla y c) por razón del tiempo u oportunidad para pedirla.

Es interesante al respecto, tratar de precisar en que consiste la restricción en cuanto al tiempo. El art. 456 del C.J. no precisa por una parte, las causas de nulidad ni los vicios que pueden producirla - para determinar en cada caso, quien puede alegar la nulidad -, y para el presente caso, no consagra la oportunidad concreta en cuanto al tiempo para pedirla. El mencionado art. dice "En cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata este capítulo"

La expresión "En cualquier estado del juicio", significa —

la amplia oportunidad que tienen las partes para interponer nulidades a lo largo del proceso, sin otra limitación que la sentencia que se dicta en juicio. De este modo, las partes en uso de esta facultad deben interponerlas dentro de ese mismo plazo, pues de lo contrario, "la sentencia definitiva que le pone término, produce la convalidación de los actos nullos" (25).

Pero no solamente las partes gozan de esta oportunidad dentro de las instancias del juicio, sino que ella comprende también la demanda de casación según lo ha establecido el legislador.

En consecuencia, la limitación en cuanto al tiempo se refiere a la muy amplia oportunidad de que pueden hacer uso las partes en materia de nulidades, con el objeto de interponerlas o alegarlas dentro del juicio, en cada instancia y en "cualquier momento" antes de la sentencia; o en casación según motivos especiales.

Según la disposición de el art. 457 del C.J., cuando la persona que puede pedir la nulidad no ha estado debidamente representada en el juicio, o no ha sido citada a él, se justifica que pueda obtenerla en juicio posterior, porque no ha tomado parte en el juicio constituyéndose en su defecto como un tercero, ajeno a la existencia del mismo. Esta es la razón que posiblemente indujo al legislador a disponer que no obstante lo previsto en el art. 456, la parte que no fué legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, pueda pedir-a - pesar de ser un tercero - por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de que se trate.

Del texto legal del art. 457, se excluye expresamente el ca -

so de "incompetencia de - jurisdicción " que según el criterio de algunos tratadistas, ha debido incluirse dentro de la disposición legal. En este aspecto es oportuno tener en cuenta el análisis hecho por Hernando Devis, Echandía, cuando dice " Que el código anterior no establecía cuando debían alegarse las nulidades y se limitaba a decir, que la ilegitimidad de personería podía pedirse en juicio posterior, por la parte indebidamente representada. No obstante la Corte dando aplicación al clásico principio de hermenéutica, según el cual... incluso unius exclusio alterius, (es decir que si de varias hipótesis el legislador incluye en una regla solo una o algunas, es por que desea excluir a las otras) y en vista del carácter indiscutible de excepción que tienen las nulidades y principalmente -- cuando existe una cosa juzgada, sostuvo en numerosas sentencias, la tesis de que solo esa causal debía pedirse en juicio posterior y que la de incompetencia de jurisdicción solo podía hacerse valer dentro del mismo juicio 196. El Código solo contemplaba esas dos causales".

"Continúa explicando, que se ha querido reanudar la discusión - sobre este punto, muy interesante por cierto y de mucha trascendencia. Pero consideramos que con el Código actual desapareció la duda que pudo existir antes, en favor de la jurisprudencia que niega la acción para pedir la nulidad en juicio distinto por "incompetencia de jurisdicción". En efecto, el vacío del Código anterior, en cuanto a no decir nada sobre la oportunidad de alegar esa causal de nulidad, quedó subsanado con el art. 456 mencionado atrás, en el cual se dice que todas las nulidades de que trata el cap. pueden alegarse por las partes dentro del juicio, antes de dictarse sentencia."

"Además al decir el art. 457 que: "no obstante lo dispuesto en el art. anterior", en ciertos y especiales casos se puede pedir en juicio distinto la nulidad, está confirmado que en el art. 456 se consagra la regla general, sobre la materia y deja nítidamente determinado que el recurso que consagra es una excepción a esa regla, que, por lo tanto, debe interpretarse restrictivamente. Si no fuera así quedaría sin sentido la disposición, porque se abrirían las puertas del juicio posterior a todas las causales, contra lo dicho en la frase transcrita" (26).

Se observa de esta explicación, que el criterio de la Corte era el mas acertado, cuando determina que la "incompetencia de jurisdicción", no podía pedirse en juicio posterior, sino que debía hacerse valer dentro del juicio en que se origina; sobre todo teniendo en cuenta que la incompetencia, es el ejercicio vicioso de la jurisdicción, en el cual por lo menos la parte ha actuado frente al proceso al integrarse la relación jurídica; además si se hubiera incluido esta causal dentro de la facultad del art. 457 del Código, ello habría constituido una grave inconveniencia, al consagrar expresamente una irresponsabilidad semejante. De hecho las disposiciones de los arts. 456 y 457 implican una gran impropiedad por su contenido y alcance.

Aunque no es causal de nulidad, el C. permite la existencia dentro del proceso, de poderes insuficientes o defectuosos según lo dispuesto en el art. 450 del procedimiento; o el hecho de que una persona obre en el juicio, como representante de otra "sin serlo" que corresponde a la implicación del art. 457, con el objeto de pedir en juicio ordinario la declaración de nulidad.

El art. 450 dice expresamente "No hay nulidad por ilegitimidad de personería en los casos siguientes: 4o.- Cuando resulta claramente de los autos, que el interesado ha consentido en que la persona que figura - en el juicio como apoderado represente sus derechos " aunque -- carezca -- de poder, o este no se halle areglado a la ley. Por lo menos a este caso, a pesar de la ausencia de poder se puede determinar tácitamente el consentimiento de la parte interesada, para efectos de hacer inoponible la con siguiente nulidad, que en caso contrario sería viable según el art. 457 a del C.J.

NULIDADES PROCESALES

P A R T E T E R C E R A

CAPITULO VI

INOOPERANCIA DE LAS NULIDADES PROCESALES.

"El Código judicial trata de las nulidades en el Cap. VII señalando las causas de nulidad en todos los juicios y en algunos especiales (aunque su enumeración no es traxativa), así como la oportunidad de alegarlas, la forma de declararse y sus consecuencias. Pero no se distinguen los casos de nulidad y de anulación, ni se habla expresamente de nulidad absoluta y relativa, sanable e insanable, ni de actos inexistentes." (27)

Al señalar las causas de nulidad, no dice el legislador cuales vicios pueden ser allanados y cuales nó, porque de el texto de el art. 456 inciso lo. se infiere que para su consagración no se tuvo en cuenta concretamente las causas de nulidad, ni los vicios que pueden producirla en orden a establecer los casos en que las partes pueden pedir que se declaren nulidades; de modo que se podría concluir por la insuficiencia de redacción, que todos los casos de nulidad pueden ser ratificados por la parte interesada, con la única excepción de la competencia improrrogable en que el juez debe separarse del conocimiento, con lo cual se salvan en parte los principios al impedir que siga conociendo el juez incompetente.

El legislador Colombiano, con un criterio ante todo proteccionista, consagró el art. 456 del procedimiento, sin tener en cuenta la relación que existe con los presupuestos procesales, en orden a ubicar las nulidades por este aspecto, observando la relación jurídica procesal. En consecuencia y contrariando su loable intención, contribuye por lo dispuesto a perjudicar notablemente a las partes litigantes, desconociendo principios fundamentales del procedimiento.

El mencionado art. dice textualmente " En cualquier estado del juicio, antes de la sentencia, pueden las partes pedir las nulidades de que trata este capítulo".

Leída esta disposición, se puede con justicia tacharla de ser demasiado amplia e indeterminada, pues comprende las dos instancias del juicio y la demanda de casación y por otra parte no concurre a precisar, como ya se dijo las causas de nulidad ni los vicios para alegar la nulidad. Aprovechando esta oportunidad, las partes interponen sus nulidades, no en el momento en que ello sea necesario, sino cuando aparezca mas conveniente para respaldar sus derechos.

Por el alcance de esta disposición se advierte, que el sistema de nulidades se reciente en su integridad de falta de técnica y conveniencia porque no es justo para los litigantes, que despues de iniciarse un juicio en el cual además se han surtido las etapas procesales que el juez busque una causal de nulidad que en virtud del art. 455 manda poner en conocimiento de las partes, para que sean estas quienes decidan la conducta que habrá de observar el juez - porque únicamente las partes pueden decidir si ratifican o nó la actuado -, o en otras circunstancias, el juez declara -

de oficio y sin requerimiento de parte una nulidad improrrogable, porque ha comprendido, despues de actuar libremente a lo largo del proceso, "que no es el juez competente" para conocer del asunto sometido a su consideración, siendo necesario que el negocio pase a-l conocimiento del juez competente.

El juez de acuerdo a esta facultad, tiene la obligación de declarar las nulidades absolutas " en el momento en que las advierta" sin embargo y para fundamentar mas lo dicho anteriormente, el juez procede contrariamente a declararlas en la sentencia, prolongando la existencia del vicio, hasta esa etapa procesal, sin que las partes puedan hacer nada para evitarlo, pues logicamente desconocen esa circunstancia.

La iniciativa de las partes también es tomada en cuenta para permitir la declaración de nulidades, no solo de acuerdo a la facultad ya establecida por el art. 456, sino por lo previsto en la regla general establecida, y al principio de que toda forma de convalidación obra por iniciativa de las partes. En uso de esta facultad las partes pueden ratificar una actuación nula, contribuyendo en esta forma a salvar el procedimiento, pero las partes pueden tambien negarse ha hacerlo, determinando con su negativa una serie de inconvenientes, siendo el mas grave de ellos, la circunstancia de que se declare la nulidad de lo actuado a partir de la existencia del vicio, dando lugar a un litigio incidental que se ha podido evitar.

No se podría afirmar y con sobrada razón, que un juez proceda con técnica, cuando adelanta el conocimiento de una actuación, sin cerciorarse positivamente de las razones de su competencia y de la legalidad de la comparecencia de las partes. Se advierte por el vacío del Art. 445 la

la necesidad de que exista una norma que obligue al juez en ese sentido.

Se concluye por lo anotado, que la disposición del art. 455 en relación con el art. 456, es contraria a los intereses de las partes y jurídicamente inoperante, puesto que su aplicación resulta en los casos previstos muy costosa por el dinero que demanda y lo que es mas grave aún, porque implica un obstáculo en el normal desenvolvimiento de la administración de justicia ya que por su estricta observancia se dilata el curso normal de los juicios - de suyo ya estensos - haciendo interminables los litigios. De modo que una institución de esta naturaleza es inoperante para su fin.

El artículo 457 del C.J. dispone "No obstante lo dispuesto en el art. anterior, la parte que no fue legalmente notificado o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de este, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia".

Este art. adolece del pronunciamiento que he anotado pues no se justifica que por fallas de apreciación judicial, o por imprevisión o desinterés, se lleve la actuación del proceso hacia extremos insospechados y ajenos al interés jurídico de las partes. El mismo sentido y redacción del art. están demostrando que existe allí una irresponsabilidad consagrada; además carece de sentido lo que el legislador establece: si sobreviene una sentencia contra una persona que no estuvo presente en el juicio, la ley no obstante esta circunstancia, la autoriza para pedir la nulidad del juicio, mediante juicio ordinario, con el objeto de lograr desconocer todo lo actuado anteriormente. Por lo menos y como ya se dijo en otra parte de esta exposición, se excluyó de la facultad consagrada por el mencionado art. 457, el caso de incompetencia improrrogable, a pesar de que

ello sigue siendo materia de discusión.

Existe un criterio dominante en el procedimiento civil, que es el de considerar que la nulidad es un remedio contrario al principio de economía procesal y en este sentido tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido constantes en afirmar que su aplicación debe restringirse al máximo, no solo por las causales taxativamente establecidas y por las personas que han de interponerlas, sino por razones del tiempo u oportunidad para pedir las. Por este aspecto se nota que faltó en las disposiciones, aunque todas un criterio razonado del legislador en orden a precisar esa oportunidad, sobre todo teniendo en cuenta la estrecha relación que existe con los presupuestos procesales, para imponer su examen al constituirse la relación jurídica. Al respecto claramente se puede apreciar que las causales de nulidad prevista por el art. 448 del C.J., hacen referencia a los presupuestos procesales- juez y partes-, de modo que en forma general se puede decir que la nulidad obra sobre relación procesal.

Por la extensión desmedida del concepto, es necesario tener en cuenta el celo exagerado del legislador en su afán de proteger los derechos de las personas, al haber elevado como causal de casación, los mismos casos de nulidad del art. 448, disposición que fué acatada por el decreto 528 de 1.964 y ratificada por la ley 16 de 1.968.

El recurso procede cuando se dictó sentencia de segunda instancia a través de un juicio viciado, o pretermitiendo formalidades propias de ese juicio.

Lamentablemente el legislador, no tuvo en cuenta al volver a ---

consagrar las causales del art. 448 como causal de casación, que a excepción del caso de falta de citación o emplazamiento, las causales restantes, se refieren a los presupuestos procesales, que juegan un papel importante en la relación jurídica, con el objeto de que el juicio por estos aspectos tenga existencia jurídica y validéz formal.

Por esta razón había dicho ya, que las causales instituidas por la ley como vicios del procedimiento, se refieren en una u otra forma a los presupuestos procesales y por consiguiente bien podría afirmarse, que las causales de nulidad de los juicios, son mas propiamente, causales de nulidad de la relación jurídica procesal.

Se comprende por lógica que siendo la Corte Suprema de Justicia el máximo tribunal, donde se someten a consideración asuntos de fondo, las actuaciones lleguen por lo menos purgadas de todo vicio que implique defectos de forma en su constitución inicial. De modo que teniendo en cuenta el carácter estrictamente formal de dichas causales, no se justifica que se lleve ante la corte incidentes que se refieran a vicios del procedimiento, los cuales por su misma naturaleza deben ser analizados al trabarse la relación jurídica que es el momento oportuno para discutir las razones de su existencia o legalidad.

Forzoso es concluir, ante los errores anotados, que la consagración existente del Código Judicial sobre nulidades procesales es improcedente. Por su estricta observancia se viola el principio de economía procesal, Al cual es contraria normalmente - según el cual el juez debe procurar el mayor rendimiento posible con el menor empleo de actividad procesal.

Si la tendencia moderna y normal de todo procedimiento se orienta

en el sentido de lograr un sistema ágil y técnico para sus instituciones; no se ve cómo nuestro procedimiento pueda lograr una pleno desarrollo en ese sentido, sobre todo mientras sigan existiendo incongruencias semejantes. En este aspecto, los esfuerzos que se han hecho en Colombia tendientes a buscar una justicia ágil y barata, han sido supérfluos, talvez porque las reformas propuestas no han tenido por objeto un estudio particularizado a determinados campos, porque considero que las reformas globales requieren de mucha técnica y preparación.

Así por ejemplo, se observa que las facultades de que dispone el juez civil colombiano dentro del proceso, son en extremo limitadas, por lo menos en la aplicación del principio de economía procesal, el juez encuentra algunas facultades, tales como la de rechazar pruebas inconducentes, o puede comisionar a otro juez de la misma categoría para la practica de pruebas que deben efectuarse fuera de su sede; puede así mismo rechazar la demanda que no reuna los requisitos legales, y así otras. Pero la iniciativa, que me interesa destacar en este aspecto, es la facultad que tiene un juez para declararse impedido, no solo en lo que hace relación al factor objetivo, de acuerdo a las reglas generales, sino también por el factor subjetivo o moral. De modo que si un juez cree que no debe asumir competencia en un negocio sometido a su conocimiento, ese criterio se respeta si está fundamentado legalmente. En consecuencia el juez debe separarse del conocimiento o abstenerse de asumir competencia, cuando con-pruebe que no es competente en un caso -- concreto; porque de nada serviría -- si no es para entorpecer el curso normal del proceso -- que siguiendo la actuación, venga al juez a concluir mas tarde, -- generalmente con la sentencia -- que no era competente para aprehender el conocimiento; con lo cual se vicia también en la práctica el mandato legal.

Así pues, en busca de la mejor aplicación de la mencionada facultad en relación con la competencia del juez, considero que debería cerciorarse positivamente de las razones de competencia inicialmente, con el objeto principal de evitar posteriormente su recusación o, a que sea separado del conocimiento de un negocio, por su incompetencia absoluta, o a esperar que la parte interesada le prorrogue competencia cuando ello sea conducente

Por otra parte, se anota que la facultad concedida a las partes en uso del art. 456 del procedimiento, constituye un instrumento legal en manos de los litigantes, quienes pueden libremente interponer nulidades en el transcurso del proceso, sin otra limitación que la sentencia que se dicte en juicio. Por este motivo se puede afirmar, que esa incontrolada libertad constituye un motivo de celadas, puesto que las partes tienen buen cuidado de pedir la declaración de sus nulidades en el momento que crean más oportuno para favorecer sus pretensiones. Esta disposición es también por este aspecto claramente violatoria del principio de Lealtad procesal, según el cual las partes deben tener igualdad de oportunidades para la defensa de sus derechos descartando en consecuencia las actuaciones por asalto.

Por consiguiente, considero que el juez debería hacer un examen previo de los presupuestos procesales con el objeto de constatar su legalidad, de modo que si están de acuerdo a la Ley, lo declare así por medio de un auto al contestar la demanda.

Existe en el procedimiento judicial una obligación para el juez de examinar la demanda antes de admitirla, y en los casos en que esta no reúna los requisitos legales, debe dictar un auto absteniéndose de darle curso

y señalando los defectos de que adolece para que el actor los corrija, en uso del art. 208 del C.J. pero no solamente el juez abstenerse de dar curso a la demanda por fallas en su constitución - art. 205 y 737 - en orden a que que de bien conformada en esos aspectos; sino que acogiendo a este mandato bien podría cerciorarse de las razones de su competencia, para que cuando no sea competente, se produzca su rechazo.

Esta observación no quiere decir que, no hayan jueces que así - procedan, sino que me refiero a los casos en que un juez de hecho no haya - previsto su competencia, quedándole en consecuencia a las partes la facultad concedida legalmente para excepcionar, o en su defecto para pedir la nulidad de que trate.

Por lo expuesto considero, que el juez no debería abrir a prueba ni menos admitir la demanda - sin antes haber dictado un auto, que bien podría denominarse: auto aprobatorio de la relación procesal, o simplemente auto aprobatorio. Creo que así como existen autos interlocutorios que son aquellos que tienen por objeto resolver algún incidente del proceso, o autos de substanciación que se limitan a disponer cualquiera otro trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación dentro o fuera del juicio; así también esta clase de auto aprobatorio o auto sancionador tendría por objeto el examen legal de los presupuestos: juez y Partes. Y con el objeto de dilucidar en esta misma oportunidad las oposiciones que podrían presentarse, dicho auto sería de carácter interlocutorio susceptible por lo mismo de recursos - reposición y apelación - de modo que si el juez incurriera en un error de apreciación, las partes puedan apelar con el objeto de que la

relación jurídica procesal quede legalmente establecida. Creo que una vez practicado este trámite, el juicio se adelantaría sobre bases ciertas y legales contribuyendo en forma decisiva en la conveniencia general del sistema.

Desafortunadamente, el legislador Colombiano no desarrolló una doctrina procesal en esta materia, ni en otras relacionadas con este tema, como el cap. de las excepciones, que exige una reglamentación propia - que justifique su existencia jurídica y cuyo alcance y contenido esté de acuerdo con su importancia.

Las anteriores consideraciones aparecen claramente fundamentadas con respecto a los errores anotados, en cuanto se refiere a los presupuestos procesales de juez competente y parte legítima. No obstante la crítica expresada, necesita de una evidente aclaración respecto de la tercera causal del art. 448, que se refiere "a la falta de citación o empalmeamiento de las personas que han debido ser llamadas a juicio.

No se presente ninguna dificultad para comprender que estas omisiones del juez ocasionan graves inconvenientes para las partes actuantes en el proceso, por lo cual esta primera hipótesis en que se presenta la causal puede ser controlable al constituirse la relación jurídica.

Sin embargo la conveniencia del criterio expuesto debe diferenciarse del otro sentido en que se manifiesta el caso de falta de citación o emplazamiento, por comprender los casos de nulidades sobrevinientes, del imprevisible ocurrencia al sucederse los trámites en la formación del proceso. Por eso había afirmado ya que la nulidad obra sobre relación procesal, en "forma general" porque es posible que aún después de establecida la relación, sobrevenga en forma excepcional alguna causal de nulidad.

dad. En consecuencia es necesario distinguir en las incongruencias que he anotado, el presente caso de nulidades sobrevinientes.

Finalmente debo referirme en esta parte, a la forma como se relacionan las nulidades de este capítulo, con los presupuestos procesales y por consiguiente con la relación jurídico procesal.

Si la demanda es un instrumento jurídico del derecho de acción, en virtud del cual el actor pide al juez la formación de un proceso; debe este procurar que su constitución quede legalmente establecida, en orden a lograr la plena efectividad de las pretensiones de las partes. Solo así se comprenderá que el procedimiento considerado como un sistema unitario, pretende lograr dentro de un juicio determinado la solución judicial de una relación jurídica litigiosa.

Con la comunicación de la demanda se forman generalmente el proceso, y una "relación jurídica" que vinculando estrechamente a los sujetos del derecho de acción - actor y Estado y demandado y Estado tiene por objeto lograr un normal desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, puesto que ella se refiere al conjunto de actos procesales. " Por este aspecto la relación concretamente considerada comprende una serie de facultades y obligaciones jurídicas correspondientes, cuyo ejercicio y cuya prestación, en el orden o en la forma establecida por la ley procesal, constituyen el desarrollo de la relación" (28).

Pero este pronunciamiento que tiende a buscar un normal desenlace con la sentencia, se interrumpe y aún puede variar, si inicialmente la relación jurídica no ha quedado bien establecida respecto de los sujetos de dicha relación; esto equivale a decir que su constitución y efectos ---

dependen de la " legalidad " de los presupuestos procesales, y aún mas cuando se advierte claramente, que los sujetos de la relación jurídica - juez y Partes - resultan ser los mismos elementos que constituyen los presupuestos procesales; de modo que si alguno de ellos no se configura legalmente, impiden que exista una relación válida, efecto este que se proyecta sobre la estructura general del sistema o proceso, para conducir que cuando este se adelanta a través de una relación invalida, queda afectado de nulidad.

Comprendiendo esta innegable vinculación, he afirmado ya que las causales instituidas por la ley como vicios del procedimiento se refieren a los presupuestos procesales, y por consiguiente es lógico admitir que las causales de nulidad de los juicios, son causales de nulidad mas propiamente de la relación jurídica procesal.

Estos conceptos demuestran que las formas constituyen una constante preocupación para el derecho procesal, sobre todo por la finalidad que se persigue. Sin embargo, este objetivo principal no se cumple plenamente, porque no obstante la oportuna consagración de esas instituciones, no existe en el procedimiento una norma expresa que complemente su existencia jurídica y su pretendida bondad, puesto que la consagración actual de las causales de nulidad paradójicamente se basan en la inobservancia de los presupuestos procesales, desvirtuando la finalidad que con ellos se persigue, ya que como condiciones o requisitos previos que son deben ser, examinados Ab initio, que sería lo normal y jurídico y no dentro de las instancias, o aun mas fuera de ellas, permitiendo su examen y discusión, cuando ya se ha trabado la relación jurídica.

En conclusión, se advierte que un proceso constituido irregular-

mente, no puede tener como apenas es lógico, una existencia jurídica plena con la circunstancia de someter la actuación a una serie de contingencias, que incluso pueden hacerla desaparecer, teniendo en cuenta que no existe allí una relación procesal válida.

Se comprende claramente que para la normal aplicación del derecho, existen preceptos imperativos, que son de estricta observancia por ser de orden público. Así por ejemplo, se ha establecido que los límites de la jurisdicción son: la competencia y el territorio, sin embargo su aplicación no resulta ser tan clara en la práctica, cuando se permite que un juez siga conociendo de un proceso, sin obligarlo al mismo tiempo a cerciorarse positivamente de su propia competencia, o de la legalidad de la comparecencia de las partes.

En conclusión es obvio admitir que por el desmedido alcance de las nulidades, se viola las bases mismas de la organización judicial.

Este estancamiento de las relaciones jurídicas producido por fallas de apreciación formal - puesto que en si mismo son la consecuencia inmediata de un vicio o de una anomalía en la observancia legal de los presupuestos procesales - debe ser tenido en cuenta, con el objeto de imponer el examen de dichos presupuestos en el período expositivo de la demanda, que es la etapa que legalmente le corresponde.

.....

JURISPRUDENCIA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
PASTO.-

Con el objeto de conocer cual ha sido el pensamiento y el criterio de este Honorable Tribunal, sobre el sistema de nulidades, me permito citar a continuación algunas de sus jurisprudencias, siguiendo la obra del Dr. Anibal A. Córdoba. años 1.939 a 1.943.

Mag. Dr. Montenegro. Auto No. 199 - " Nuestro Código de Procedimiento Civil, siguiendo en materia de nulidades adjetivas el principio procesal que informa la Legislación Francesa, de que ninguna diligencia ni acto procesal alguno, podrá ser declarado nulo, si la nulidad no está formalmente establecida en la ley, principio contrapuesto al llamado inquisitivo de la Legislación alemana, de la libertad del juez para ordenar de oficio la practica de las medidas que crea necesario a juzgar con mas acierto y guardar las garantías debidas a las partes en el juicio, abandonado por consiguiente a la apreciación de los Tribunales las consecuencias de los vicios de forma, anulando o declarando validos los actos de la relación procesal; somete del juicio unicamente a tres causales de nulidad, según que el juez esté conociendo del negocio carezca de jurisdicción improrrogable, -- sea ilegítima la personería de alguna de las partes, o esté quebrantado -- aquel principio tutelar, de que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido previamente citada a discutir la condena.

Mag. Dr. Santander.- Por disposición del art. 954 del C.J. de la demanda de participación debe correrse traslado a las partes por tres días comunes, y por lo preceptuado en el artículo 312 id. la notificación al --

mandado del auto en que se le confiere traslado de la demanda, y en general "La que tiene por objeto hacerle saber la primera providencia que se dicta en todo asunto judicial, debe hacerse personalmente". La omisión de la notificación personal, es motivo de nulidad, de conformidad con el Art. 448 del C.J.

Mag. Dr. Andrade.- La nulidad por ilegitimidad de personería fue establecida por la Ley en beneficio de la parte mal representada o que por carecer de la capacidad legal para comparecer en juicio, ha venido actuando incorrectamente; de ahí que "Solo la parte mal representada tiene derecho para alegar la falta de representación, en razón de que la actuación así cumplida la coloca en un campo de desigualdad que amengua su derecho de defensa". De suerte, que es suficiente la retificación de lo actuado, o el allanamiento de la parte cuya personería ha sido ilegítima para que se subsane la nulidad, sin que sea menester el allanamiento de la contraparte.

Mag. Dr. Córdoba.- Dentro del mismo juicio, proponer un incidente de nulidad cuando se ejecute un auto o sentencia, que tiene el carácter de definitivo, sería un contrasentido a la misma ley en las condiciones esenciales del Art. 394 del C.J. Esto sería reconocer una pugna manifiesta entre las dos disposiciones citadas; pues el Art. 457 se refiere al caso de cumplir una sentencia en juicio distinto, aunque aquel juicio sea de carácter especial, cuya ejecución ha de cumplirse de acuerdo con las normas establecidas en título XV sobre ejecución de las resoluciones. Esta disposición legal se refiere al caso de que algunas de las partes no haya sido legalmente notificada o emplazada con la demanda, o no haya estado legalmente representada en juicio.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Compilación y ordenación realizada por el Dr. Germán Orozco Ochoa con la colaboración en el ramo civil del Dr. Luis Angel Gonzalez Gomez de 1.886 a 1.946.

Nulidad Procesal. En nuestro juicio, por incompetencia jurisdicción. Excepciones dilatorias.

"Proviniendo las nulidades de que se falte a los preceptos de la Ley, natural es que esta se interese por prevenirlas y también por sanear las en su oportunidad, cuando cabe este remedio, para todo lo cual establece las siguientes reglas. En lo que hace al procedimiento que es lo que concierne al presente caso, ese código contiene las de estos artículos: 455, que establece que el juez para cerciorarse, antes de sentenciar de que pisa en terreno firme, investigue si hay alguna nulidad y que le manda ponerla, -- cuando la encuentra en noticia de las partes, a fin de que sobrevenga el -- allanamiento de aquellas, cuando este remedio cabe y se aplica, o la invalidación de lo actuado desde que la causal ocurrió; el 456, que confiere a las partes el derecho de pedir en cualquier estado de juicio, mientras no se haya sentenciado, que se declaren las nulidades de que el proceso adolezca, sin mas salvedad que la de haberse ventilado el punto como excepción dilatoria; y el 457, que permite seguir ulterior juicio ordinario cubre la nulidad, cuando esta consiste en haber faltado la citación personal o el emplazamiento del interesado o en no haber estado debidamente representado en ese juicio anterior"

Es claro que si ha debatido sobre la nulidad con motivo del posible incidente de excepciones dilatorias, ya hay solida base para concebir que, estando decidido así el punto negativamente no hay porque seguir sosteniendo ni temiendo que aquella exista y por tanto, no tenga la parte el derecho ampliamente conferido en su inciso primero por dicho artículo 456, para suscitar la cuestión dentro del juicio, en cualquier estado de el.

Del propio modo es claro que el artículo 457 parte del supuesto de que la alegación que sobre nulidad haya hecho alguna de las partes, sea a título y en la oportunidad de una excepción dilatoria sea en cualquiera otro estado del juicio, que obliga a una articulación correspondiente; y que es solo sobre este pie como aquel (el 457) comienza diciendo que no obstante lo dispuesto en el artículo anterior las partes no notificadas o emplazadas o no representada debidamente, puede incoar juicio ordinario en solicitud de la declaración de nulidad de ese juicio anterior, en que tal sucedió.

Así las cosas, se comprende que, en el empeño del Legislador de 1.931 de simplificar lo atañadero a nulidades, evitar la indefinida secuela de juicios y, sobre todo, amparar y aprestigiar la cosa juzgada, diese sentido limitativo a esta disposición.

GACETA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
de 1.959 a 1.963

TITULO:
EL ART . 48 DEL CODIGO JUDICIAL DEBE APLICARSE CON CRITERIO RESTRICTIVO, POR CUANTO ESTABLECE TAXATIVAMENTE LAS CAUSALES DE NULIDAD EN LOS JUICIOS - DISTINCION ENTRE ACTOS NULOS Y ACTOS SIMPLES - MODOS COMO LA LEY PROVEE A ASEGURAR LA GARANTIA GENERAL DE JUZGAMIENTOS QUE CONSAGRA EL ART 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL - NULIDAD E INEXISTENCIA DE LOS ACTOS PROCESALES - CONSECUENCIAS QUE SE DEDUCEN DE LA FALTA DE NOTIFICACION DE UNA PROVIDENCIA JUDICIAL.

1o) "El principio Quidquid Contra Legem Fit Nullum Est", pretén de fundarse en la naturaleza del derecho procesal, que como en general el derecho Administrativo, de cuya índole participa - mira los actos jurídicos con criterio objetivo, siendo por tanto característicamente formal, de modo distinto a como lo hace el derecho privado que tiene especialmente en cuenta el aspecto subjetivo de esos mismos actos, y como la forma de los actos jurídicos ha sido establecida en interés general, esto es que constituye una garantía de orden público, se piensa con razón que toda informalidad debe venir acompañada de un medio eficaz para subsanarla, en beneficio de las garantías de juzgamiento que consagra la Constitución.

Y así es, solo que en el sistema del Código no siempre es la nulidad como se desprende del carácter taxativo con que se hallan establecidas las respectivas causales, sino que, por razones de Economía - principalmente, clasifica las infracciones según la mayor o menor impor

tancia de la regla jurídica, desde los puntos de vista del interés en conflicto y de la gravedad de la infracción, estableciendo sobre esta base un régimen gradual de remedios o sanciones.

Es así como el derecho Procesal provee medios distintos para corregir las irregularidades en que se haya podido incurrir en la tramitación de la causa, según la naturaleza y la gravedad que revistan, reservando el de la nulidad para los casos mas graves, en que se omite un elemento o formalidad esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa. Cuando no se trata ya de un elemento esencial para que se forme la respectiva relación de derecho, o el defecto pueda sanearse en otra forma, la ley acude a otros medios para asegurar la garantía de juzgamiento que consagra el art. 26 de la constitución Nacional, la exigencia de determinados presupuestos para que la demanda pueda ser admitida; los impedimentos procesales; las excepciones dilatorias; los recursos que la ley concede contra las providencias de los jueces; la simple inexistencia del acto irregular para vincular en ciertos casos al juez y a las partes, no son otra cosa que medios que la ley previene para corregir, según la eventualidad la inobservancia de las formas del juicio, y a evitar a cualquiera de las partes el condigno perjuicio. De modo que si se ha establecido enumerativamente las infracciones que producen nulidad, es porque al lado de este medio se ha creado otros aplicables según la índole de la informalidad, la importancia de la norma pretermitida o infringida o la naturaleza o las consecuencias que se sigan de la infracción.

2o) El recurso de invalidación de los actos procesales por inexistencia no se halla establecido en el C.J., ni podía ser de otra ma-

nera puesto que no se puede invalidar lo que no existe. La nulidad — que según Carnelutti "equivale a la ineficacia del acto, difiere de la inexistencia en cuanto a la no producción de efectos, y no debe hablar se de la última sino cuando se trata de actos sin virtualidad suficiente para ligar al juez, por carecer aún del mínimo del mínimo de formalidades externas para producir consecuencias jurídicas; es decir de — aquellos que en momento alguno se han podido tener como existentes, como ocurriría por e.j. por la resolución pronunciada por quien no ejercía la función que invoca, o con la que careciera de la firma del funcionario que ha debido dictarla. Lo espuesto lleva a la conclusión de que cuando el art 327 prohíbe que "por regla general, ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a las partes", no está expresando que el acto sea inexistente, pues este cumple en si mismo con las exigencias formales necesarias para tener consecuencias jurídicas, sino que estas se hallan condicionadas al requisito posterior de la notificación, o sea que pende de una condición — suspensiva, por lo cual mientras ella no se cumpla, el acto resulta — ineficaz

CONCLUSIONES

lo) Es necesario ante la notoria falta de principios básicos una -
reglamentación que armonice el sistema de las nulidades, porque no
se justifica que en temas tan importantes como el del capítulo VII
y en otros relacionados con este, como el de las excepciones, el le-
gislator haya acogido preceptos tan arbitrarios que por su inconve-
niencia y falta de técnica, constituyen un serio obstáculo para el
desarrollo normal del procedimiento.

Y en efecto, los arts. 455 - 456 - y 457 del Código son -
claramente violatorias de principios fundamentales del derecho pro-
cesal, como ha quedado demostrado en el capítulo anterior. Probable-
mente se ha creído que la conveniencia del sistema se salva, por la
oportuna creación de los efectos propios de las nulidades: convalida-
ción y ratificación, pero lamentablemente las partes actantes, no
siempre habrán de hacer uso de esos medios, determinando con su ne-
gativa una serie de incongruencias que ya he anotado.

Siendo la institución de las nulidades contraria al princi-
pio de Economía procesal - que orienta todo procedimiento - su apli-
cación debe restringirse al máximo y no solo por razón de las causa-
les taxativamente consagradas y por las personas que pueden interponer
las, sino también por razón del "tiempo" para interponerlas, mediante -
la consagración de una norma que concrete ese término, puesto que el -
art. 456 es muy impreciso. Al respecto tanto la doctrina como la ju-
risprudencia, han sido uniformes en afirmar que la oportunidad consa-
grada por la disposición legal es "demasiado" amplia.

En consecuencia las causales de nulidad consagradas por el Código, constituyen por lo dispuesto por lo dispuesto en el art. 456, un motivo de nulidad para las partes litigantes y aún para el juez — quien procede generalmente a declararlas con la sentencia.

2o) Teniendo en cuenta como se relacionan las causales de nulidad del art 448, con los presupuestos procesales y por consiguiente con la relación jurídico procesal, es conveniente que dichas causales se consagren y discutan en el período expostivo de la demanda, al constituirse la relación jurídica entre el Juez y las Partes, sobretudo teniendo en cuenta que estos sujetos, son los mismos elementos que constituyen los presupuestos procesales y que como condiciones o requisitos previos que son tienen por objeto darle al proceso existencia jurídica y validéz formal. Para el efecto el juez antes de abrir a prueba — debería dictar un auto interlocutorio, en el cual declare que la demanda, de acuerdo a los mencionados presupuestos se encuentra legalmente establecida; y en caso de discusión, puede cuestionarse en esa — misma oportunidad, mediante la oportuna formulación de los recursos.

3o) Conviene que el legislador intégre un estudio sobre el tema de las nulidades de acuerdo a principios técnicos, acogiendo al respecto, el mejor criterio jurídico que se presente a consideración por la jurisprudencia o la doctrina, en orden a imponer el exámen de las nulidades al constituirse la relación jurídica procesal, exceptuando los casos de nulidades sobrevinientes de imprevisible ocurrencia al trabarse la relación procesal.

Creo que en esta forma y de acuerdo al carácter estrictamente formal de las nulidades procesales — por las relaciones establecidas — quedarían consagradas en la etapa procesal que les corresponde.

BIBLIOGRAFIA

TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Hernando Devis Echandia

TEORIA DEL PROCEDIMIENTO CIVIL

Alvaro Leal Morales

CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Hernando Morales

INSTITUCIONES DEL PROCEDIMIENTO CIVIL

Francisco Carnelutti

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

Eduardo J. Couture

DERECHO PROCESAL CIVIL

Enrico Redenti

PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL

José Chiovenda

GACETA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CAPITULO 11. SU ENUMERACION.

(12) Casación Penal Dbre 7 de 1955

(13) GACETA Judicial , 1.947. 136

CAPITULO 111. ESTUDIO DE LAS CAUSALES DEL ART. 448 del CODIGO JUDICIAL

(14) Tomado de los apuntes autorizados en clase por el Dr.

Rodrigo Nelson Estupiñan V.

(15) Hernando Morales . Curso de Derecho, Procesal Civil

Pag. 38. Parte general Tomo V

(16) Alvaro Leal Morales. Teoría del Prodedimiento Civil

Pag. 160

(17) Alvaro Leal Morales Teoría del Procedimiento Civil

(18) Alvaro Leal Morales Teoría del Procedimiento Civil

Pag. 163 . T. 111

(19) Alvaro Leal Morales . Teoría del procedimiento

(20) Hernando Devis Ehandia. Tratado de Derecho Procesal

Civil. Pag. 335. Parte genral T. IV

(21) Casación 12 de Febrero de 1.958 . Pag. 36

(22) Francisco Carnelutti

CAPITULO IV. QUIEN PUEDE PEDIR LA NULIDAD

(22) Francisco Carnelutti T. 111 Pag. 565

(23) Eduardo J. Couture Fundamentos del Derecho Procesal

Civil. Pag. 396

(24) Francisco Carnelutti. Instituciones del Procedimiento Civil

INDICE

Introducción	1
CAPITULO 1. DE LOS VICIOS DE LOS ACTOS PROCESALES	
(1) Francisco Carnelutti. Instituciones del Procedimiento Civil . Pag. 225	
(2) Francisco Carnelutti. Instituciones del Procedimiento Civil . Pag. 220	
(3) Francisco Carnelutti. Instituciones del Procedimiento Civil . Cit. Eduardo J. Couture . Pag. 274	
(4) Hernando Devis Ehandia. Tratado del derecho Procesal Civil. Pag. 264 . Parte General Tomo IV	
(5)Francisco Carnelutti. Instituciones del procedimiento Civil. Pag. 528	
(6) Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Pag. 276	
(7) Carnelutti. Cit . Gaceta Judicial . Pag. 641	
(8) Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia años 1.959 a 1.961. Pag. 642	
(9)Hernando Devis Echandia. Tratado de Derecho Procesal Civil. Pag 275 . Parte genral Tomo IV	
(10)Ugo Rocco. Trtatto. Pag. 276	
(11) Jurisprudencia Civil del Tribunal Superior de Pasto Mag. Dr. Montenegro Pag. 194	

CAPITULO V. CUANDO PUEDE ALEGARSE LA NULIDAD

(25) Francisco Carnelutti T. 111 Pag. 564

(26) Hernando Devis Echandia . Tratado del Derecho Procesal
Civil. 392. Parte genral T. 1V

CAPITULO VII. INOPERANCIA DE LAS NULIDADES PROCESALES

(27) Hernando Devis Echandia. Tratado del derecho Procesal
Civil. Pag. 287 T. 1V

(28) Enrico Redenti . Derecho Procesal Civil .Pag. 289

.....

A.N.

19557

1

T

345.726 Eraso R., Milton Raul.

E65

Nulidades procesales.

VENCE

NOMBRE

Martelano Revolor.

No. del Carnet

NOMBRE

Jorge P. Alvarado V.

AN

T

D345.726

E65

19557