

Nulidad y Forma en el Proceso Civil

Perspectiva Histórica de la Función de la Nulidad Procesal en su Camino hacia el Modelo de la Finalidad* **

Renzo Cavani Brain***

En el presente artículo el autor realiza un análisis histórico-jurídico de la evolución de la nulidad en el proceso, evidenciándose en su etapa inicial una prevalencia de la forma sobre el fondo, la cual progresivamente tiende a la flexibilización, pasando a distinguirse las formalidades esenciales que son causales de nulidad, de aquellas meramente accidentales, fortaleciéndose cada vez más la noción del modelo de la finalidad teniendo como modelo más completo, en la actualidad, al del Codice de 1940, en el cual, el logro de la finalidad viene a ser un elemento determinante para la producción de nulidades.

1. Premisa

El análisis histórico se muestra particularmente útil y provechoso en una investigación de corte jurídico, sobre todo cuando se trata de desentrañar el significado de una categoría jurídica. Entendiendo cómo funcionaba antes sirve para saber cómo aplicarla o diseñarla ahora. Teniendo ello en cuenta, a través del presente ensayo pretendo mostrar cómo es que la sobrevaloración de las formas en el proceso civil fue progresivamente perdiendo terreno frente a la posibilidad de sanación de los actos que violen la forma legalmente prevista, en su camino hacia el *modelo de la finalidad*, es decir, aquel régimen de las nulidades procesales en donde el logro de la finalidad del acto procesal viciado viene a ser el criterio determinante para el pronunciamiento de la nulidad.

Es por ello que decidí dividir la evolución de la *función de la nulidad procesal* en cuatro fases: la primera, integrada por el derecho romano y el derecho germánico primitivo, siendo las experiencias jurídicas más notables de culto a la forma; la segunda, propia del derecho común, donde se aprecia una importante evolución del papel de las formas al originarse la *querela nullitatis* en el derecho de los Estados italianos del Medioevo y la doctrina de las nulidades *sanabili* e *insanabili* en el proceso común alemán; la tercera, con la conocida *Clementina Saepe* y diversos textos jurídicos de la Edad Moderna, en donde se manifiesta una progresiva flexibilización del elemento formal en el proceso y la toma de

conciencia de la necesidad de evitar las nulidades; y, a modo de conclusión, la cuarta, en donde se verifica la consagración del logro de la finalidad como criterio que prevalece por sobre las formas exigidas por ley para la realización de los actos del procedimiento.

El presente ensayo no pretende, de modo alguno, desarrollar la *historia de la nulidad en el proceso civil*, labor que demandaría un voluminoso tratado, sino mostrar, a través de experiencias histórico-jurídicas representativas, cómo la nulidad y las formas en el proceso civil fueron recorriendo su camino hasta llegar al llamado *modelo de la finalidad*.

2. Primera fase: Prevalencia absoluta de la forma por sobre el contenido

2.1. El proceso romano: la nulidad como inexistencia

Un factor que siempre se mantuvo a lo largo del derecho romano fue la identificación de *nulidad* con *inexistencia*. En efecto, etimológicamente *nulla sententia* (*nec ulla* = ninguna) significa precisamente una sentencia que *no es*. Al respecto, pueden mencionarse dos cuestiones fundamentales que justifican esta convicción: la primera es la enorme practicidad que los romanos le imprimieron a sus soluciones jurídicas, pues no tuvieron ningún inconveniente en restarle toda consideración jurídica a la sentencia defectuosa, a fin de que no sea siquiera necesario tener que impugnarla. Simplemente no existía y, por lo tanto, no adquiría la *res iudicata*.

* A Víctor Hugo, mi maestro en la universidad más importante: la de la vida.

** El presente ensayo consiste en una adaptación del capítulo II de mi tesis de pregrado titulada "Por un nuevo régimen de la nulidad en el proceso civil peruano", bajo la asesoría de la Profesora Eugenia Ariano Deho. Vale la oportunidad para agradecerle por todas nuestras charlas sobre el desafiante tema de la nulidad procesal y, asimismo, por incentivar me en la realización de la presente investigación histórica. Agradezco también a mis amigos Federico Mesinas y Enrique Valverde por la lectura del artículo y sus valiosísimas críticas.

*** Maestría en el Programa de Post-grado, con énfasis en Derecho Procesal Civil, de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) – Porto Alegre, Brasil. Becario de la CNPq. Bachiller en Derecho por la Universidad de Lima. Ex-editor jurídico del periódico *La Ley* de Gaceta Jurídica. E-mail: renzocavani@gmail.com

La segunda cuestión es mucho más sensible, pues se trata del aprecio que los romanos, como pueblo antiguo que eran, tenían por la forma. Esto no es para nada extraño, puesto que en aquellas épocas existía una gran preocupación por lo exterior de las cosas, es decir, por la forma en que se manifestaban en el mundo. IHERING, por ejemplo, refiriéndose al pueblo romano, habla de un *sentimiento de la forma*, pues “en lugar de ver en ella un yugo exterior, artificial y sin razón de ser, se les imponía a su inteligencia como creaciones naturales y de explicación perfecta”¹.

Esto explica perfectamente que, por ejemplo, en el proceso de las *legis actiones*, una palabra mal dicha o un detalle omitido en discordancia con el texto expreso de la ley, por más mínimo que sea, implicaba un vicio formal gravísimo y que traía consigo la automática pérdida de la causa². Es así que en el derecho romano la necesidad de la forma era la regla absoluta, mientras que en el derecho contemporáneo, por el contrario, constituye la excepción³.

Se evidencia aquí la estrecha relación entre forma y nulidad: si una forma era mal realizada entonces repercutía inexorablemente en todo el procedimiento y, específicamente, en la sentencia, que por haber sido dada mediando un defecto o irregularidad, era considerada *nula* o *inexistente*, y veía pulverizada su eficacia jurídica y fáctica para resolver la *res in iudicium deducta*.

Dado este paralelo entre nulidad e inexistencia, pierde todo sentido hablar de una teoría de la nulidad de la sentencia o del procedimiento en el derecho romano⁴. Bastaba pues la presencia de un defecto en la conducción del procedimiento o en la constitución de la relación procesal (vicios de actividad) para que la sentencia sea inválida. Sin embargo, aquí se puede afirmar que, para los romanos, lo que interesaba era si la sentencia (acto final de la fase de declaración del derecho) era capaz o no de adquirir la *res iudicata* y así ponerle fin a la controversia. Asimismo, se aprecia cómo es que la cosa juzgada, a diferencia de momentos posteriores en la historia, es absolutamente incapaz de contener la transcendencia de cualquier tipo de vicio del procedimiento.

CALAMANDREI ofrece algunos ejemplos de vicios que podían ocurrir en el *procedimiento*. Así, refiriéndose al proceso de las *legis actiones*, tenemos la corrupción del juez, la ilegal constitución de un *iudicium* o la falsedad del medio de prueba⁵.

Por su parte, los motivos de nulidad de la sentencia no diferían mucho en el proceso formulario, teniendo en cuenta que mantuvo la estructura bifásica del procedimiento que ya caracterizaba al período de las *legis actiones*. Así, la sentencia era nula si se pronunciaba en los días *feriae* a menos que las partes lo consintieran, si no se emitía frente a ambas partes, si su contenido se encontraba viciado, cuando era contraria al derecho constituido, cuando no correspondiese a las instrucciones del magistrado en la fórmula, cuando se basara en una fórmula inválida por defecto de facultad en el magistrado o si era contraria a otras sentencias ya pronunciadas sobre el mismo objeto y entre las mismas partes que hayan adquirido la *res iudicata*⁶. Una causal de nulidad propia del proceso formulario, por ejemplo, fue cuando el autor iniciaba el proceso ante el *praetor urbanus* (magistrado competente en los conflictos entre romanos), cuando debía hacerlo ante el *praetor peregrinus* (competente en los litigios donde una de las partes era un peregrino), o viceversa⁷.

En lo que concierne al llamado período de la *cognitio extraordinem* –también llamado proceso del derecho imperial o postclásico–, encontramos que la sentencia tenía como requisitos formales que sea escrita y que sea leída públicamente en presencia de los litigantes⁸. Por su parte, en cuanto a las fuentes justinianeas –que hacen alusión, en su mayoría, al proceso de la *cognitio extra ordinem*–, se encuentran la incapacidad del juez y de las partes, incompetencia del juez, trasgrediendo las formas previstas en la ley, el pronunciamiento *supra iurisdictionem*, la sentencia dada por exceso de poder, emitida en ausencia de las partes, por un solo juez en el caso de pluralidad de jueces, en día feriado (*nefastos*), en lugar público no acostumbrado, o la que no era redactada por escrito⁹.

Cabe resaltar que en el derecho romano no existía (ni tampoco existió) un medio para *anular* la sentencia, pues la condición de ésta no era la de ser *anulable* (susceptible de ser anulada), sino *nula* de plano, *ipso iure*. No obstante, sí era posible iniciar un proceso declarativo para certificar la *no existencia* de la sentencia (*iudicatum non est*). Este medio se le llamó *revocatio in duplum*, que adoptó ese nombre porque la parte que iniciaba este procedimiento (ante el mismo juez que pronunció la sentencia) debía pagar el doble del monto de la ejecución si no tenía éxito¹⁰, mas no se trataba de una “acción de impugnación en el sentido moderno de la expresión, por medio de la cual se pudiera perseguir

1 IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano*, vol. 3. México DF: Oxford University Press, 2001, p. 605.

2 IHERING es enfático al afirmar que este rigor formal se mantuvo en la transición del proceso de las *legis actiones* al formulario, pues un defecto en la fórmula también implicaba la pérdida del juicio. Así, no fue un debilitamiento en el rigor formal lo que determinó la propagación del proceso formulario –a diferencia de lo que sostiene GAYO– sino: i) la reducción considerable de errores pues antes de la fase *apud iudicem* existía un debate sobre el derecho litigioso ante el pretor, y ii) los grandes poderes del pretor, que pudieron quebrar el vínculo acciones-ley, pues él también podía otorgar acciones en la fórmula (*Ibidem*, p. 704 y ss.).

3 *Ibidem*, p. 605.

4 CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, tomo I. Historia y legislaciones, vol. I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Omeba, 1961, p. 43.

5 CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 44.

6 SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*. Padua: Cedam, 1936, p. 180.

7 PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*, 3a ed. (con la colaboración de Francesco Stizia y Letizia Vaca). Turín: Giappichelli, 1991, p. 281.

8 CRUZ E TUCCI, José Rogério y AZEVEDO, Luiz Carlos. CRUZ E TUCCI, José Rogério y AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 147. También se menciona como causal de nulidad la expedición de una sentencia contraviniendo una *res iudicata* preexistente, aunque, como señalamos con apoyo en Vittorio SCIALOJA, esto ya existía por lo menos desde el proceso formulario.

9 CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, pp. 44-46. Así, puede decirse que la invalidez se reducía a cuatro tópicos: “a) falta de un presupuesto procesal (juez o partes); b) interrupción de la relación procesal regularmente constituida; c) sentencia pronunciada fuera de los límites de la relación procesal o con otro exceso de poder; d) sentencia pronunciada sin las debidas formas” (*Ibidem*, p. 46); no obstante, como el mismo autor esclarece, en el derecho romano, si bien no mutó la concepción de nulidad, siempre vinculada a la inexistencia, otros factores también fueron subsumidos en dicha concepción, como se verá a continuación.

10 SCIALOJA, Vittorio. *Ob. cit.*, pp. 256; OLIVIERI, Giuseppe. *La rimessione al primo giudice nell'apello civile*. Nápoles: Jovene, 1999, p. 10; CRUZ E TUCCI, José Rogério y AZEVEDO, Luiz Carlos. *Ob. cit.*, p. 128.

la variación de una relación jurídica existente, a causa de un vicio inherente a esta relación” por tener ésta carácter *constitutivo*, sino apenas “con las simples acciones de declaración de certeza”¹¹.

Por su parte, tampoco la *restitutio in integrum* -que se dirigía no al *iudex* sino al pretor- sirvió para *anular* una sentencia, sino para privarla de sus eficacia por razones de grave injusticia e iniquidad¹², ni mucho menos la antiquísima *intercessio*, medio utilizado para controlar la arbitrariedad en que pudiera incurrir el magistrado (pretor) a través de sus actos. De ahí se desprende que la sentencia no podía ser cuestionada mediante la *intercessio* porque no ser un acto del magistrado, pero sí podía dirigirse contra el decreto que autorizaba la ejecución. La *intercessio* se dirigía a un magistrado de jerarquía igual o superior, pero este nuevo pronunciamiento no rescindía, revocaba ni anulaba el acto cuestionado, apenas lo paralizaba¹³.

Así como ninguno de estos medios servía para *anular* la sentencia, ello tampoco se daba en la defensa que el ejecutado podía realizar en el proceso de ejecución posterior a la sentencia (*actio iudicati*). En efecto, si bien ésta podía consistir en una oposición a la ejecución por existir una nulidad en la sentencia (*infittatio*), lo que argumenta no es otra cosa que la inexistencia de la sentencia y, por tanto, la imposibilidad de su ejecución¹⁴. Si se verificaba la nulidad de la sentencia, el actor podía volver a plantear su demanda de cognición, oponiendo la *replicatio nullitatis* si el demandado deducía la *exceptio rei iudicatae*¹⁵ con la finalidad de extinguir el proceso.

Es posible afirmar que hasta un momento determinado entre el proceso formulario y el proceso de la *cognitio extraordinem*, la nulidad de la sentencia se identificó con los errores de actividad, los cuales en el derecho romano siempre fueron plenamente diferenciables de los errores de juicio. Sin embargo, según CALAMANDREI, existían dos casos de nulidad por errores de juicio (es decir, cuando no existía vicio en el procedimiento), cuales son la sentencia que condena a una cosa imposible y aquella cuya parte decisoria no puede ser entendida. La razón para atribuirles la nulidad a esas sentencias es que no permiten dilucidar la controversia, siendo inútiles en el otorgamiento de *certeza*¹⁶.

A partir de dicho momento, entonces, se comenzó a distinguir la *quaestio facti* de la *quaestio iuris*, puesto que

si el juez violaba o decidía en contra de una ley material que servía para resolver la *res in iudicium deducta*, la sentencia no veía afectada su validez. No ocurría así, como puede deducirse, si se violaba una ley procesal: en ese caso sí había nulidad. Esta situación en donde la sentencia injusta se encontraba plenamente blindada fue la que se quiso corregir posibilitando que algunos errores de derecho del juicio lógico llevado a cabo por el juez también puedan producir sentencias nulas.

¿Y qué era la cuestión de derecho (lo cual redundaba en el error de derecho) para los romanos? Según CALAMANDREI, “cuestión de derecho es, por ejemplo, la que trata de interpretar el significado de una norma, o la que pretende decidir la relación que tiene lugar en concreto entre una norma y un hecho”¹⁷. No obstante, el error de derecho que ocasiona una nulidad no era una interpretación errónea de la ley por parte del juez, sino “cuando sea clara e indudable que al pronunciar su sentencia el juez ha puesto como premisa mayor de su silogismo un principio de derecho inconciliable con una norma de ley en vigor”¹⁸, es decir, una negación de la ley.

El binomio *quaestio facti-quaestio iuris* desarrollado por los romanos para atribuir la nulidad a la contravención de la ley por parte del juez fue sustituido, de acuerdo a la lección de CALAMANDREI, por la contraposición entre sentencias *contra ius constitutionis* y sentencias *contra ius litigatoris*. Las primeras están viciadas por tener un error respecto a una norma de derecho objetivo¹⁹; mientras que las segundas, a causa de un error relativo al derecho subjetivo de las partes. Así, al igual que los errores de derecho, no todas las sentencias *contra ius constitutionis* eran nulas pues lo que se sancionaba era el exceso de poder del juez (por ir más allá de la legislación que él tenía que cumplir) y no el uso erróneo de ese poder jurisdiccional. Por su parte, las sentencias *contra ius litigatoris* siempre eran válidas²⁰.

Hasta este punto se verifica, exactamente igual que en el derecho romano antiguo, que existen dos tipos de sentencias: las válidas (sean o no injustas) y las inválidas o inexistentes, no había un punto medio. Sin embargo, con la introducción de la *appellatio* surge la *sententia apelable*, es decir, aquella sentencia que por un tiempo determinado es pasible de ser impugnada por errores *in iudicando*. La *appellatio* era un mecanismo que se adoptó para que un juez superior (en tanto que ya regía la estructura jerárquica del poder central imperial,

11 CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, pp. 49-50.

12 SCIALOJA, Vittorio. *Ob. cit.*, pp. 256-257; OLIVIERI, Giuseppe. *Ob. cit.*, pp. 10-11. Por su parte, entre las razones para iniciar una *restitutio in integrum* se encontraban el dolo, la coacción y la iniquidad, lo cual viene a ser el antecedente histórico de la revisión civil (Cfr., MEIRA, Sílvia A. B. *Instituições de direito romano*, vol. II, 4ª edición revisada y aumentada, São Paulo: Max Limonad, s/a, p. 741).

13 Sobre este punto, es magnífica la exposición de ORESTANO, Riccardo. *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*, reimpresión inalterada de la 2a ed. de 1953. Turin: Giappichelli, 1966, pp. 80-94, de quien extraemos las ideas plasmadas en el texto sobre la *intercessio*.

14 Cfr., SCIALOJA, Vittorio. *Ob. cit.*, p. 255.

15 Cfr., CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 48. En efecto, “l'attore soccombente, se voleva sostenere la nullità della sentenza a lui sfavorevole, non aveva bisogno della *revocatio in duplum*, poiché poteva agire una seconda volta e al convenuto, che adducesse contro di lui la sentenza (o gli effetti estintivi o preclusivi della previa *litis contestatio*), replicare che la sentenza (o già la *litis contestatio*) era nulla, dandone poi liberamente al giudice la dimostrazione” (PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni*. *Ob. cit.*, p. 330).

16 CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, pp. 53-54.

17 *Ibidem*, p. 64.

18 *Ibidem*, pp. 67-68.

19 CRUZ E TUCCI, José Rogério y AZEVEDO, Luiz Carlos. *Ob. cit.*, p. 147, colocan como ejemplo de decisión proferida *contra ius constitutionis* “reputar válido un testamento hecho por quien todavía no había cumplido 14 años”. El mismo ejemplo es usado por ORESTANO para diferenciar el error de derecho del error de hecho y, en consecuencia, determinar en qué caso sí existía nulidad de la sentencia (*L'appello civile. Ob. cit.*, p. 282), aunque luego esclarece que la distinción entre error de derecho y error de hecho no se encuentra expresamente mencionada en las fuentes (*Ibidem*, p. 283).

20 CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, pp. 70 y ss. Por su parte, ORESTANO afirma que las sentencias *contra ius constitutionis* y las sentencias *contra ius litigatoris* no coinciden plenamente con la distinción entre error de derecho y error de hecho, puesto que “*contra ius constitutionis* vengono chiamate le sentenze viziate da un errore sull'esistenza della norma in se stessa, [e] *contra ius litigatoris* quelle viziate da un errore -che poteva esser tanto di diritto che di fatto- riguardante un diritto subiettivo delle parti” (*L'appello civile. Ob. cit.*, p. 283).

que había tomado para sí el sistema de impartición de justicia y la producción legislativa) emita un nuevo fallo reemplazando la sentencia *injusta*²¹, pudiendo decidir la controversia *ex novo*²².

Según CALAMANDREI, la nueva institución fue la vía para cuestionar todos los errores de juicio, por lo que la nulidad volvió a entenderse únicamente como consecuencia de defectos procesales²³. Vale la pena insistir aquí que los romanos nunca dejaron de asociar la nulidad con la inexistencia, por lo que siguieron sin considerar necesario (por ser contradictorio) un medio para *anular* las sentencias. Lo que sí ocurrió es que a través de la *appellatio* se podía obtener un pronunciamiento declarativo que certifique la no existencia de la sentencia²⁴; sin embargo, evidentemente, el plazo para apelar no afectaba en lo absoluto la oportunidad para promover la declaración de la nulidad por parte del Estado-juex.

Asimismo, es interesante advertir con OLIVIERI que “nel momento in cui il processo si viene ad articolare in gradi successivi di giudizio, si afferma che la nullità-inesistenza –sebbene fatta valere con l’appello– non consuma un grado di giurisdizione e che perciò la lite deve ricominciare del suo inizio”²⁵; por tanto, no estamos ante una pérdida automática de la controversia por causa de un defecto, sino de una necesaria renovación del procedimiento.

Es así que, más allá de las idas y venidas de las hipótesis que, además de los defectos del procedimiento, se llegaron a incorporar en la categoría de la nulidad, esta siempre fue identificada con la inexistencia y esto no varió en las diversas fases de evolución del derecho romano. En efecto, como señala ORESTANO, “in quanto inesistente giuridicamente la sentenza era già di per sé stessa inefficace ed era inefficace appunto perché inesistente giuridicamente”²⁶.

Se puede ver aquí, por tanto, en el derecho romano, un privilegio de la *forma* por sobre el *contenido*, que precisamente se manifestaba en que ningún vicio de actividad quedaba saneado: todos tenían a la *sentencia nula* como consecuencia y, por tanto, eran capaces de perjudicar irremediablemente el íntegro del procedimiento.

2.2. El proceso germánico primitivo y el principio de validez formal de la sentencia

El proceso primitivo de las tribus germánicas, a diferencia de los romanos, desconocieron totalmente las categorías de nulidad e inexistencia, acaso porque serían muy complejas para su estado de evolución jurídica. Allí,

al contrario de lo que sucedía en el derecho romano, regía el *principio de validez formal de la sentencia*, esto es, que la autoridad de dicho acto era tal que significaba una “absoluta exclusión de todo medio dirigido a quitar vigor al mandato jurídico”²⁷. Todo se sanaba con la sentencia, y ningún tipo de cuestionamiento sobrevivía a ella.

¿A qué se debió esto? Según CALAMANDREI, “la explicación de esta absoluta inatacabilidad de la sentencia germánica se encuentra en el hecho de que la proclamación del presidente [de la asamblea] transformaba el dictamen de los jueces en un verdadero y propio precepto legal”²⁸. En efecto, al no existir leyes escritas sino únicamente las que habitaban en las costumbres de los pueblos, lo que el demandante hacía era tratar de persuadir al tribunal (formado por ciudadanos como él, en una relación de absoluta igualdad) de que una ley consuetudinaria amparaba su pretensión. Entonces, previa aceptación de la propuesta del actor por el presidente de la asamblea (que al final era determinada por la asamblea en conjunto), lo que ocurría al momento de emitir la sentencia era la dación de una auténtica ley o, en todo caso, la confirmación o no de su existencia. Contra este pronunciamiento del mismísimo pueblo no cabía, por lógica consecuencia, ningún tipo de cuestionamiento por parte del perdedor en el juicio²⁹.

Sin embargo, no se crea que en el proceso germánico primitivo se buscaba privilegiar el *contenido* (léase, la decisión de mérito que pone fin a la controversia) sobre las *formas*. Si bien el resultado podría ser similar al que prima en el derecho contemporáneo –la preservación del acto final, esto es, la sentencia– esto se debía a motivos exclusiva y netamente *formales*: precisamente que la sentencia, como acto *formal*, se imponía sobre cualquier tipo de vicisitud de orden material o procesal que haya existido en el procedimiento.

3. Segunda fase: Preservación de la sentencia y la importancia de la cosa juzgada como medio de sanación de algunos vicios

3.1. La *querela nullitatis*: de la nulidad a la anulabilidad

Con el correr de los siglos posteriores a la caída del Imperio Romano de Occidente, muchos pueblos bárbaros –que se convirtieron en reinos– se vieron severamente influenciados por el derecho romano, generándose, en muchos casos, una simbiosis entre esta cosmovisión jurídica y la originaria de los pueblos germánicos. Consecuencia de esta fusión fue la *querela nullitatis*, mecanismo de impugnación para cuestionar

21 Que, por ser injusta, evidentemente, era válida (cfr., CRUZ E TUCCI, José Rogério y AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Ob. cit.*, p. 150).

22 Cfr., OLIVIERI, Giuseppe. *Ob. cit.*, pp. 18-19.

23 CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 95.

24 OLIVIERI, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 16, quien habla de una absorción de “le azioni di nullità”. Inclusive, “la radicata distinzione tra vizi di nullità e ingiustizia della sentenza restava produttiva di rilevanti conseguenze anche quando la nullità fosse stata fatta valere mediante *appellatio*” (*Ibidem*, pp. 20-21).

25 *Ibidem*, p. 22.

26 ORESTANO, Riccardo. *L'appello civile. Ob. cit.*, p. 95.

27 CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 125.

28 *Ibidem*.

29 CALAMANDREI desarrolla a profundidad el remedio de la *Urteilschelte* (desaprobación de la sentencia) que el demandante podía efectuar si el presidente del tribunal de justicia (*Rachimburgos*) divergía en con su propuesta. Pero se deja en claro que antes del pronunciamiento de la asamblea de los hombres libres no había resolución alguna, por lo que no se trataba realmente de un medio de impugnación (*Ibidem*, pp. 115 y ss.; OLIVIERI, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 25). Más adelante, continuando el profesor florentino con su exposición histórica, se evidencia una mutación de la *Urteilschelte* a un mecanismo para obtener la nulidad, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano.

(en sus orígenes) sentencias viciadas con errores *in procedendo*, cuyo origen se encuentra en el derecho estatutario en el siglo XII. En este momento histórico, por cierto, ya nos encontramos en plena formación del derecho común.

“La sentencia, así, existe a partir de que es pronunciada, y para llegar ser nula necesariamente debe ser impugnada mediante la querela nullitatis (por tanto, tenía efecto constitutivo y no declarativo).”

La lección de CALAMANDREI es ilustrativa en este punto:

“El florecimiento de los estudios de derecho romano en Italia, donde el derecho longobardo había impreso también la huella germánica en los institutos judiciales, puso frente a frente dos principios profundamente diversos: el romano, según el cual no todos los posibles vicios de una sentencia tienen la misma gravedad y los mismos efectos, habiendo algunos, los *errores in procedendo*, que producen la nulidad del fallo sin necesidad de ejercitar contra ellos medio alguno de ataque; el germánico, según el cual todos los posibles vicios de una sentencia deben ser considerados sin distinción incapaces de disminuir por sí mismos la validez de la sentencia, la cual solamente puede ser destruida por medio de la reclamación hecha valer por las partes. Puestos frente a frente, los dos principios se fundieron, influyendo recíprocamente el uno sobre el otro, en el derecho estatutario, perdiendo cada uno de ellos y conservando al mismo tiempo una parte de su primitivo significado: quedó del principio romano el concepto de que no todos los vicios de la sentencia tienen igual gravedad, y de que los *errores in procedendo* tiene efectos más profundos sobre la validez del fallo, pero se perdió el concepto de que estos *errores in procedendo*, más graves que los otros, deban sin más producir la inexistencia jurídica del fallo mismo; subsistió del principio germánico el concepto de que todos los vicios deban considerarse de igual gravedad y hacerse valer mediante una vía única de impugnación”³⁰.

Así, surgió la *querela nullitatis* como un medio destinado a atacar la sentencia que había sido pronunciada mediando errores *in procedendo*, que vino a ser el paralelo de la *appellatio* para los errores *in iudicando*. Al igual que ésta, se concedía un plazo perentorio para impugnar la sentencia, transcurrido el cual precluía toda alegación sobre la nulidad de la sentencia, y todos los vicios quedaban sanados. Según CALAMANDREI este fue un principio absoluto que en el derecho estatutario no se modificó³¹.

Partiendo de la autorizada lección del maestro florentino³², es posible elaborar un pequeño esquema sobre los motivos de nulidad en el derecho intermedio.

- i) Motivos de nulidad por errores *in procedendo*:
 - i.1) Falta de presupuestos procesales (jurisdicción, incompetencia, incapacidad, falta de mandato válido de representación).
 - i.2) Irregularidad del emplazamiento (*legitima citatio*), omisión de actos esenciales del procedimiento (*substantialia processus*), orden riguroso en que deben cumplirse (*ordo iudiciarius*).
 - i.3) Falta de *solemnitas* al momento de pronunciar la sentencia (publicarla de noche o no redactarla por escrito), decisión *extra petita* o *ultra petita partium* (exceso de poder), falta de jurisdicción sobrevinida, decidir en contra de la cosa juzgada.
- ii) Motivos de nulidad nuevos por influjo del derecho canónico y la doctrina:
 - ii.1) Herejía o excomunión del juez o de alguna de las partes.
 - ii.2) Causales relativas a la *solemnitas* y al *ordo iudiciarius*: que el juez no toque la campana antes de emitir su decisión (Verona y Vicenza), que la parte no haya pagado las tasas judiciales (Florencia), etc.
 - ii.3) Error de cálculo en las sentencias de condena (se trata de una causal nueva porque en el derecho romano simplemente se corregía).
- iii) Motivos de nulidad por errores *in iudicando*:
 - iii.1) Violación de norma jurídica (*sententia contra ius expresse lata ipso iure non valet*), contravención al texto expreso de la ley.
 - iii.2) Error de derecho por contravenir una máxima de la experiencia (principio de la razón común), que podía ser una sentencia basada en *causa impossibilis*.
 - iii.3) Sentencia que contenga un error de hecho expreso o dilucide una causa falsa (influencia del derecho canónico y de los comentaristas). Dentro del error de hecho *expressus* sobresalen el error por hecho notorio y la contradicción entre el tenor de la sentencia y los actos.
 - iii.4) Sentencias que condenan a una prestación físicamente o moralmente imposible o aquellas que cuentan con una parte dispositiva incierta, oscura, contradictoria o condicionada.
 - iii.5) Sentencia contra *rem prius iudicatam* (cuestión ya juzgada), que en realidad se trataba de error *in procedendo* considerado como error *in iudicando*.

30 CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 163. Hasta el derecho estatutario, ninguno de los derechos de los reinos bárbaros –e inclusive en el derecho del Imperio Carolingio– distinguió el error *in procedendo* del error *in iudicando*; sólo admitían la impugnación de la sentencia por ser injusta, dentro de lo que subsumía los cuestionamientos a su validez. Sin embargo, el aspecto que posteriormente dio origen a la *querela nullitatis* fue la alteración del principio de validez formal de la sentencia, es decir, ahora, sólo en cuanto no sea usada la reclamación, la sentencia tendrá plena validez. Para cuestionar algún vicio, en consecuencia, era necesario impugnar la sentencia, a diferencia de lo que sucedía tanto en el proceso romano como en el germánico.

31 *Ibidem*, p. 167.

32 Para el desarrollo posterior en el texto, cfr. CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, pp. 177-195.

iv) Motivos que no comportaban nulidad:

- iv.1) Error de hecho que no sea *expressus ni causalis*.
- iv.2) Violación de una máxima jurisprudencial.
- iv.3) Violación del derecho consuetudinario o de una norma no registrada (fuera de la colección oficial de leyes), salvo que sea notoria.
- iv.4) Errónea interpretación de la ley (v. gr., error al aplicar una norma por analogía o por interpretación a *contrario sensu*).
- iv.5) Falsa aplicación de la ley (no hay nulidad si el juez yerra en la relación entre la norma y el caso concreto).
- iv.6) Justificación de la decisión por motivo no concluyente (pues la motivación no era exigida).
- iv.7) En los casos de una sentencia con varios motivos, cuando al menos uno de ellos sea justo a pesar que los demás sean erróneos.
- iv.8) Cuando había un error de cálculo la sentencia era completamente nula por ser *res indivisibilis*, pero si ésta podía escindirse en varios pronunciamientos, se salvaban los que no poseían *error causalis*.

Sobre este esquema es preciso realizar algunas breves observaciones. La primera es que las legislaciones y la doctrina del derecho común se encargaron de ampliar los motivos por los cuales una sentencia podía ser declarada nula³³. Se deformó, por consiguiente, la nítida diferenciación que se había alcanzado en el derecho romano entre errores *in iudicando* y errores *in procedendo*, siendo que los últimos eran los que conducían a una nulidad, así como, sólo excepcionalmente, alguno de los primeros. Con ello, se pierde de vista la diferenciación entre *sententia nulla* y *sententia iniqua* y, por tanto, también se confundieron los remedios para cuestionar cada una de ellas, esto es, la *querela nullitatis* y la apelación.

La segunda observación es que, a pesar de lo que se acaba de mencionar, la nulidad por errores *in iudicando* no proliferaba, sino era muy escasa. La razón de ello es que la doctrina del derecho intermedio consideró que para que el error de juicio produzca la nulidad de la sentencia, éste debía ser *expressus* y *causalis*. Era *expressus* cuando el error, mediando motivación (porque en el derecho intermedio, como en el derecho romano, no era obligatoria), se advierta con claridad o, en todo caso, “cuando podía deducirse de un modo indudable por vía de razonamiento de la sentencia misma”, y

que para advertirse se requiera apenas conocimientos generales y no respecto de la relación decidida. En el mismo sentido, BARTOLO consideraba que también había nulidad cuando el error estuviera “expresado en los actos a que el juez expresamente se refiriese”³⁴ y no necesariamente en la sentencia.

Por su parte, era *causalis* porque “la causa errónea anulaba el fallo sólo cuando la misma fuese *totalis causa sententiae*”³⁵, es decir, cuando se compruebe que la conclusión del silogismo es errada por consecuencia del error del juez en la premisa, esto es, cuando “l'errore (...) dovesse porsi in rapporto di causalità necessaria con il contenuto della decisione”³⁶.

La introducción de la *querela nullitatis* generó que la *sententia nulla*, en el derecho estatutario, no significue más sentencia inexistente, sino una sentencia plenamente *existente* pero viciada de nulidad. La sentencia, así, existe a partir de que es pronunciada, y para llegar ser nula necesariamente debe ser impugnada mediante la *querela nullitatis* (por tanto, tenía efecto constitutivo y no declarativo). Y así es como las sentencias pasan a ser *anulables*, es decir, pasibles de ser anuladas, dejando de ser *nula* como ocurría en el derecho romano³⁷. Esto trajo como directa consecuencia una gran importancia de la *res iudicata*, que pasó a ser el punto de quiebre para la posibilidad de hacer valer una nulidad ocurrida en el procedimiento o en la sentencia. Luego de la producción de la cosa juzgada, todos los vicios quedaban saneados.

En este punto se verifica un predominio total del *principio de validez formal de la sentencia* proveniente del derecho germánico (fenómeno que no fue global sino, como es evidente, limitado a algunas ciudades-Estado italianas y alemanas), pero ya no por los motivos que justificaban tal solución en el proceso germánico primitivo. En esta etapa de la evolución jurídica se buscaba privilegiar la rapidez de los juicios dadas las exigencias de las relaciones comerciales condicionadas a la estabilización de la decisión final. Siendo ello así, puede apreciarse con nitidez que ya hay *finalidades* que son privilegiadas por sobre la violación de las formas en el procedimiento.

Sin embargo, como acabo de señalar, la instauración de la *querela nullitatis* no se dio de manera uniforme, pues se amoldó de acuerdo a las diversas legislaciones que la acogieron. En efecto, más allá de la distorsión que sufrió la institución –lo cual la llevó a ser la única vía de impugnación de las sentencias, en desmedro

33 Inclusive, podía existir nulidad si la praxis no era respetada, aún si el *ius* decía lo contrario (Cfr., PICARDI, Nicola. Voz: *Processo. I. Processo civile. c) Diritto moderno*. En: *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI. Milán: Giuffrè, 1987, p. 114). Es preciso tener en cuenta, al respecto, que el proceso en el derecho común fue construido con base en la propia práctica de los tribunales con apoyo de la doctrina, donde predominaba una paridad entre el juez y las partes, bajo la influencia de la lógica dialéctica de ARISTÓTELES y la absoluta ajenedad al control estatal, siendo esta última acaso la característica más importante del *ordo iudiciorum privatorum* de esa época. Sobre el tema, cfr. CAMPITELLI, Adriana. Voz: *Processo. I. Processo civile. b) Diritto intermedio*. En: *Enciclopedia del diritto*, XXXVI. *Ob. cit.*, pp. 89 y ss.; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*, trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra, 2007, pp. 60-69; MITIDIERO, Daniel. *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*, trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Comunitas, 2009, pp. 84-87.

34 CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 193. En efecto, “cualquier error de juicio podía dar lugar a nulidad, siempre que fuese posible reconocerlo del tenor de la sentencia o de los actos del primer juicio, sin necesidad de proceder a un nuevo examen de mérito: así la querrela de nulidad tenía la función de una verdadera y propia *revisión* de la primera sentencia” (*Ibidem*, p. 198).

35 *Idem*.

36 OLIVIERI, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 44.

37 CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 168. Es interesante ver cómo el desarrollo de la *querela nullitatis* en la práctica jurídica de los Estados italianos fue inobservada por glosadores y canonistas hasta la mitad del siglo XIII, debido al entusiasmo por el descubrimiento de las fuentes justinianeas, que se convirtieron en el prisma mediante el cual se pretendió explicar el derecho de ese tiempo. Esto perjudicó sobremanera a la *querela nullitatis*, cuyo origen es más germánico que romano, pues la doctrina del derecho intermedio siguió sosteniendo la idea de la inexistencia jurídica de la sentencia y, luego, se opacó la función de la *querela* al desarrollarse diversas vías de impugnación por motivo de nulidad. Inclusive se comenzó a tratar a este medio impugnatorio como una verdadera *actio nullitatis*, aunque, como sostiene CALAMANDREI, la doctrina no se pudo zafar del concepto de nulidad que ya regía en la práctica, que había dejado atrás al romano, y comenzó a trabajar con el concepto de *anulabilidad* (*Ibidem*, pp. 172 y ss.).

de la apelación–, hubo algunos ordenamientos (sobre todo en Alemania) que consagraron la *querela* como mecanismo para impugnar una cierta cantidad de vicios; sin embargo, a la par se previó expresamente algunas situaciones que contemplaban el mismo régimen de la nulidad en el derecho romano (inexistencia), por tratarse de vicios muy graves. Esto, al final, llevó a la distinción entre nulidades *sanabili* y nulidades *insanabili*, tema de gran importancia en el derecho medieval y también, por supuesto, para lo que se dirá más adelante en la presente investigación.

3.2. La doctrina de las nulidades *sanabili* e *insanabili* del proceso común

Esta distinción implicó el resurgimiento del concepto de nulidad en el derecho romano que se verificó, en un primer momento, en el ámbito de la legislación y luego fue recepcionada y teorizada por la doctrina medieval.

Según Giuseppe OLIVIERI:

“In relazione ai vizi deducibili con la querela, negli statuti di alcuni Comuni (e il principio trovò sempre più ampia applicazione), per l’influenza del concetto romano di nullità-inesistenza e per la tendenza di alcuni settori della pratica a ritardare (o addirittura a impedire) il formarsi del giudicato, si elaborò la distinzione tra nullità *sanabili* e nullità *insanabili*. A differenza delle prime, che potevano essere fatte valere solo con la *querela* e fino a quando essa fosse stata esperibile, le nullità *insanabili* –in genere collegate ai tre vizi di citazione, di giurisdizione e di procura– potevano essere dedotte in ogni tempo anche attraverso un ‘*exceptio nullitatis*’³⁸.

En efecto, en algunos estatutos primó absolutamente la *querela nullitatis*, en donde todas las nulidades eran sanables y ninguna podía ser opuesta en una eventual ejecución si es que no se habían hecho valer. No obstante, otros estatutos, al lado de la *querela*, admiten una *exceptio nullitatis* que puede ser hecha valer sin limitaciones de tiempo. Se llegó a reafirmar, por un lado, el carácter constitutivo de la *querela*, pero que los motivos de nulidad ejercitables en la ejecución implicaban una inexistencia del fallo. Sin embargo, otros estatutos dispusieron que la gran mayoría de vicios debían ser atacados mediante la *querela* en un plazo perentorio, pero cierta cantidad de vicios, más graves que los otros, podían ser atacados en cualquier tiempo a través de la *exceptio nullitatis*³⁹. Es así como se atenúa

la preponderancia total del principio de validez formal de la sentencia proveniente del derecho germánico⁴⁰, y de esta espontánea opción legislativa es donde parte la distinción doctrinaria entre nulidades *sanabili* y nulidades *insanabili*.

Puede decirse en forma general, aunque siempre teniendo presente la diversidad entre las legislaciones medievales, que tres eran los vicios que configuraban las situaciones de nulidad *insanabili* en el derecho común: se trataba de los vicios referidos a la citación, a la calidad del juez (defecto de jurisdicción) y a la representación⁴¹. En otras palabras, si el demandado era defectuosamente citado, si el juez carecía de poder jurisdiccional (es decir, no era juez) o si el representante no tenía mandato de representación, la sentencia nunca adquiriría la *res iudicata* y podía ser rescindida posteriormente (sin perjuicio de la defensa que el demandado podía ejercitar en el proceso de ejecución, como ya se dijo).

Asimismo, es interesante observar que, si se verificaba la existencia de una nulidad *insanabili* en el proceso, el juez de segundo grado –que también era el juez de apelación– anulaba todo el procedimiento o la parte de éste desde que se cometió el vicio y, si las partes querían un pronunciamiento de mérito, debían iniciar un nuevo proceso o desde el momento que fue anulado. Por el contrario, si se trataba de una nulidad *sanabili*, el juez *ad quem* decidía la controversia, privilegiándose la economía procesal⁴². Inclusive lo mismo sucedía cuando se trataba de una nulidad *insanabili* que afectaba únicamente la sentencia⁴³.

CALAMANDREI, distinguiendo también entre anulación de la sentencia y anulación del proceso (e inclusive antes de tocar el tema de las nulidades *insanabili* y *sanabili*) dice que si “se trataba de nulidad que no destruía desde su base todo el precedente proceso, (...) entonces el juez superior podía proceder a renovar aquellos actos que en el proceso precedente estaban viciados, y, a base del material de litis así corregido, decidir en cuanto al mérito sin enviar de nuevo la causa al juez *a quo*”⁴⁴.

Por su parte, como dato histórico, se puede mencionar que surgió en la doctrina italiana la contraposición entre *nullitas iuris naturalis* (condiciones de existencia de la sentencia) y *nullitas iuris positivi* (vicios sanables, según el derecho germano-estatutario), aunque como señalé, las legislaciones estatutarias tuvieron un modo propio de plasmar las vías de impugnación de la nulidad. Sea como fuera, esta división fue la que dio

38 OLIVIERI, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 48, quien se remite a CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 127.

39 Aunque CALAMANDREI advierte, no sin razón, en el ámbito del proceso común alemán, la contradictoriedad que significaba que la doctrina afirmase que el medio para hacer valer las nulidades *insanabili* sea una acción de declaración de certeza, pero que, al mismo tiempo, exista una regla que el ejercicio de dichas nulidades queda precluido después de treinta años, que era el plazo de prescripción general en el derecho común (*Ibidem*, p. 224).

40 *Ibidem*, p. 218.

41 OLIVIERI, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 48. Es interesante ver, por su parte, que la incompetencia en Roma era causa de nulidad, luego se convirtió en nulidad sanable (cfr., CHIOVENDA, Giuseppe. “Sobre la cosa juzgada”. En: *Ensayos de derecho procesal civil*, vol. III, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1949, p. 199). También, en el mismo volumen, “Cosa juzgada y competencia”. *Ob. cit.*, p. 209: “La incompetencia del juez fue causa en Roma de nulidades (*nec est ulla sententia*); y por eso podía oponerse también a la cosa juzgada. Con la modificación del tratamiento de las nulidades se redujo a simple motivo de impugnación, sujeto, por consiguiente, a términos, el curso de los cuales tenía por efecto sanar aquel vicio”.

42 OLIVIERI, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 53.

43 En efecto, en el caso que la anulación sea únicamente de la sentencia, sea por defectos procesales contenidos en ésta o por una *notoria iniustitia*, el juez superior “después de haber anulado la precedente sentencia (*iudicium rescindens*), podía sustituir a ella una nueva sentencia basada sobre los mismos actos (*iudicium rescissorium*) desde el momento en que, anulándose solamente la sentencia y no el material instructorio que le servía de base, éste se hallaba preparado para dar lugar sin ulterior procedimiento a un nuevo pronunciamiento” (CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 200).

44 *Ibidem*, pp. 199-200. Al respecto, llama mucho la atención que en el derecho común, a fin de ahorrar tiempo, los juicios de rescisión y restitución se encuentren unidos cuando se alega una nulidad, lo cual no ocurre en nuestro derecho actual, en el que hay reenvío. Y aquí viene una pregunta para un acucioso y audaz ensayo de largo aliento: ¿Acaso no se trata de una involución que debería corregirse?

origen, en la doctrina alemana, a la diferenciación entre *nulidades insanabili* y *nulidades sanabili*. Sin embargo, lo importante aquí es que la idea de darle un régimen distinto a cierta clase de vicios se dio a fin de limitar los pedidos de nulidad contra las sentencias, con el exclusivo interés de mantener la estabilidad de los fallos, siendo que la *res iudicata* fue configurada a fin de que sea capaz de desaparecer determinados vicios para que no se afecte la estabilidad de la decisión.

De esta manera, en la *segunda fase* encontramos una concepción distinta de la nulidad al encontrarse sometida su alegación a un plazo perentorio con la finalidad de privilegiar el tráfico comercial. Inclusive, en los ordenamientos donde sí se permitió que apenas algunos vicios puedan ser alegados en cualquier momento, se detecta también una evolución en la forma de afrontar el fenómeno de la nulidad, ya no privilegiando la forma a rajatabla, sino procurando reducir las situaciones donde la sentencia entraba en un estado de incerteza que implicaba la nulidad *insanabili* (inexistencia). No obstante, esta conclusión no debe perder de vista que el proceso del derecho común imperó un formalismo muy rígido, destinado a impedir a toda costa el arbitrio judicial, mediante el control total del proceso por las partes, el sometimiento de la apreciación judicial de las pruebas a estrictas reglas legales (prueba tasada), la preminencia del principio de escritura, la proliferación de recursos que permitían suspender la tramitación del proceso principal y una estricta sucesión de los actos procesales⁴⁵, entre otras características. Muchas de estas formalidades, de hecho, podían desencadenar una nulidad *sanabili*, cuya alegación precluía con el transcurso del término para interponer la *querela nullitatis sanabili*, pero esto no excluía que abunden a lo largo del enmarañado procedimiento y que los abogados las usen para propósitos dilatorios.

4. Tercera fase: Progresiva flexibilización de las formas. origen y consagración del espíritu de impedir la producción de nulidades en el procedimiento

4.1. La *Clementina Saepe* y la ruptura con el proceso del derecho común

Contra la rigidez de las formas del proceso romano-canónico o del derecho común, que a su vez generaban una gran morosidad y lentitud en la obtención de la decisión, hubo una drástica reacción proveniente del Derecho Canónico. Así, con la necesidad de dar una rápida impartición de justicia a las causas simples y más urgentes, el papa Clemente V emitió, en 1306, una bula que históricamente se conoció como *Clementina Saepe*, siendo su nombre real "*Saepe Contingit*".

De manera sucinta puede afirmarse que "las características de este tipo de proceso eran: supresión de formalidades superfluas y concesión de facultades al juez para repelerlas, convirtiéndolo en el director del proceso, pudiendo, por ejemplo, rechazar testigos cuando su número era excesivo por constituir su testimonio mera reiteración; suavización del principio de preclusión en aras de la elasticidad, limitación o supresión de las apelaciones independientes de resoluciones interlocutorias, acortamiento de los plazos y predominio de la oralidad frente a la escritura"⁴⁶.

En efecto, el propio texto de la *Clementina Saepe* señala expresamente que el juez proceda "en los días feriados, concedidos por derecho, a causa de las necesidades de los hombres; que suprima aquello que pueda ser motivo de dilaciones; que abrevie, en cuanto sea posible, el proceso, rechazando las excepciones y las apelaciones dilatorias y engañosas; cortando de raíz las controversias y las discusiones de las partes, de abogados y procuradores, y la superflua multitud de testigos". Inclusive, a diferencia de los excesos formalistas de la doctrina del derecho común, se señala que "la sentencia definitiva (citadas las partes para esto, aunque no sea de forma perentoria), podrá darla por escrito y, como mejor le parezca, estando a pie o sentado, incluso (si le parece oportuno), sin esperar a que las partes hagan sus conclusiones, en la medida en que pueda hacerse teniendo en cuenta las alegaciones, pruebas y demás actuaciones del proceso"⁴⁷.

Sin embargo, no debe pasar desapercibido que la *Clementina* propuso un procedimiento dotado de sumarización procedimental, sin reducir la cognición judicial, es decir, sin que el juez vea limitado su conocimiento pleno sobre las alegaciones de las partes. En efecto, la bula señala lo siguiente: "Sin embargo, el juez no debe abreviar el juicio de manera tal que no se puedan admitir las pruebas necesarias y las alegaciones legítimas"⁴⁸.

Resulta particularmente curiosa la única referencia expresa que se realiza a la nulidad. El último párrafo de la bula, aunque reafirma su voluntad para que se observen sus planteamientos, dice que "si en los casos anteriores se observa el orden judicial, sin contradicción de las partes en todo o en parte, entonces, el proceso no será por ello nulo, ni tampoco anulable"⁴⁹. Aquí se evidencia que la intención de esta decretal no fue, en lo absoluto, sustituir el proceso del derecho común tan asentado en la conciencia jurídica de la época, sino sugerir algunas soluciones para aligerarlo y hacerlo más expeditivo. Y la limitación de las nulidades en el procedimiento, aunque no tiene una referencia expresa, sin duda alguna se encuentra dentro del deseo de "suprimir aquello que pueda ser motivo de dilaciones".

45 Cfr. PICARDI, Nicola. *Voz: Processo. I. Processo civile. c) Diritto moderno. Ob. cit.*, pp. 115 y ss.; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Del formalismo. Ob. cit.*, pp. 60 y ss., y la doctrina allí citada. Cabe resaltar que las características enumeradas en el texto corresponden a la exposición que el profesor gaúcho hace del proceso romano-canónico. Así, en el ítem 4.4.2. habla del proceso común alemán, derivado de aquel, en donde se acentuó con más fuerza el formalismo exacerbado de su par italiano (*Ibidem*, pp. 69-71).

46 MONTERO AROCA, Juan. "Cien años de la ley de enjuiciamiento civil española". En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/142/dtr/dtr8.pdf>, quien se remite a la reputada obra de VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN: *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del Derecho Común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*. Barcelona: Bosch, 1953. También sobre las características de la *Clementina Saepe*, cfr. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Del formalismo. Ob. cit.*, pp. 79 y ss.

47 El texto íntegro de la *Clementina Saepe*, traducido al castellano, puede encontrarse en el trabajo de GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro. "Algunas reflexiones sobre el concepto de sumariedad". En: *Revista de derecho procesal*, N° 1-3. Madrid, 2003, pp. 297-299.

48 *Ibidem*, p. 297. En posición que compartimos, el mismo autor señala que "la *Saepe*, además de sistematizar las características comunes a la clase de juicio que regula, supone la generalización de un modo de proceder rápido, pero no la creación de la tutela sumaria en sentido técnico" (*Ibidem*, p. 301). Es por esta razón que FAIRÉN GUILLÉN le denomina *juicio plenario rápido y no proceso sumario*.

49 *Ibidem*, p. 299.

Finalmente, el nuevo modelo de proceso tuvo gran repercusión pues llegó a inspirar las legislaciones de varias ciudades italianas, que reemplazaron el *ordo solennis* por el procedimiento sumario. Sin embargo, aquel no se extinguió, pues aún habitaba en la conciencia de la actividad forense y judicial, por lo que “no tardó, en las ciudades-Estado italianas, en extender sus métodos al procedimiento sumario, de modo tal y en tal extensión que ya nada permanece de éste, a excepción del nombre”⁵⁰.

4.2. La *Ordonnance* de 1667 de Luis XIV: la nulidad como instrumento de control del juez⁵¹

A pesar que la legislación procesal francesa siempre se mantuvo apegada al derecho común, la *Ordonnance* de 1667, dada por Luis XIV (también conocida como *Ordonnance civile* o *Code Louis*)⁵² se inspiró en la *Clementina Saepe*, “relegando a un segundo lugar las determinaciones del proceso ordinario”⁵³.

LIEBMAN contextualiza la aparición de esta normativa:

“A lo largo de los muchos años en que fue practicado, el proceso común contribuyó poderosamente a formar la unidad jurídica de la Europa Continental. Pero con el andar del tiempo el mismo provocó graves dificultades e inconvenientes en la práctica, debidos a la cantidad y diversidad de las fuentes, a la variedad de las opiniones de los doctores, a las complicaciones y al formalismo del procedimiento. Las monarquías centralizadas, que fueron lentamente adquiriendo autoridad en las mayores naciones europeas, trataron de obviar a estos inconvenientes con una actividad legislativa cada vez más intensa; y el mismo fenómeno se encuentra en menores proporciones en los diversos Estados italianos. Particular importancia tuvieron las Ordenanzas del Rey de Francia, y más que todas la *Ordonnance civile*, de Luis XIV, de 1667, las cuales quisieron regular de un modo claro, preciso y simple el aspecto exterior y formal del procedimiento”⁵⁴.

Si bien, como resume ROSENBERG, la *Ordonnance* “reforma esencialmente el proceso ítalo-canónico de la recepción, introduce el debate oral, desecha el principio de eventualidad y desconoce toda interlocutoria de prueba”⁵⁵, no hay que olvidar que nos encontramos en pleno auge del absolutismo y, por tanto, la legislación

de Luis XIV fue dada con la plena intención de *apropiarse del proceso* y tener bajo estricto control la actuaciones de sus jueces, cortes y tribunales⁵⁶.

Por esta razón, no es extraño que a través de la *Ordonnance*, Luis XIV se haya constituido como el único intérprete de la ley que él mismo emitió, prohibiendo a los Parlamentos la interpretación de sus leyes⁵⁷, estableciendo que su *Conseil des Parties*, finalmente, podía anular (*casser*) la sentencia que violaba la ley. Es precisamente esta fricción entre el Legislativo y el Judicial (aunque este último aún no existía como tal pues los jueces eran funcionarios del rey) y el deseo del primero de imponerse sobre el segundo por su negativa a acatar las leyes regias, lo que dio origen, en Francia, años más tarde, al instituto de la casación, tal como lo recalca CALAMANDREI en su exhaustiva búsqueda por los antecedentes históricos de esta figura.

Asimismo, en un deseo por el control total de la actividad judicial tiene sentido una disposición en donde se prohíba a cualquier juez o tribunal de apartarse de cualquier disposición de la *Ordonnance*, disponiendo que de ocurrir dicha situación, la consecuencia sería la nulidad (*peine de nullité*). En efecto, eso es lo que dice expresamente el art. VIII del Título I – *De l’Observation des Ordonnances*: “Declarons tous Arrests & Jugemens qui seront donnez contre la disposition de nos Ordonnances, Edits & Declarations, nuls, & de nul effet & valeur; & les juges qui les auront rendus, responsables des dommages & interests des parties, ainsi qu’il fera par nous avisé”.

Puede afirmarse, por tanto, como ya ocurría en el derecho medieval (recordemos que la *Ordonnance* corresponde a la Edad moderna), que la nulidad fue un instrumento empleado por Luis XIV para corregir los errores de sus jueces y hacer que cumplan sus leyes al pie de la letra⁵⁸, para que así se den menos apelaciones, menos *requêtes civiles* y menos *demandes en cassation* al *Conseil des Parties* del Rey⁵⁹. En otras palabras, la nulidad fue un instrumento que, llevado a su rigor máximo –es decir, que era consecuencia de la violación de cualquier disposición por más insignificante que sea– sirvió para controlar el accionar de los jueces, funcionarios públicos subordinados al Rey.

Asimismo, la disposición mediante la cual despoja de efecto y valor a la decisión que contravenga cualquier

50 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Del formalismo*. Ob. cit., p. 83.

51 Para una brillante y acuciosa investigación histórico-jurídica sobre la *Ordonnance*, v. PICARDI, Nicola. “Introdução ao *Code Louis* (*Ordonnance civile*, 1667)”; trad. Débora Holenbach. En: *Jurisdição e processo*, organizador y revisor técnico de la traducción: Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 69-125.

52 Hemos tenido acceso a un documento muy cercano a la época que contiene la *Ordonnance*, al cual debe entenderse la referencia cuando transcribamos sus disposiciones en francés antiguo: *Ordonnance de Louis XIV. Roy de France et de Navarre. Donnée à Saint Germain et Laye au mois d’Avril 1667*. Paris, 1671.

53 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Del formalismo*. Ob. cit., p. 82.

54 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*, trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1980, pp. 31-32. Esto también es destacado en un documento doscientos años más antiguo que la traducción de LIEBMAN que acabamos de citar: RODIER, Marc-Antoine. *Questions sur l’Ordonnance de Louis XIV du mois d’Avril 1667 relatives aux usages des cours de parlement, et principalement de celui de Toulouse*. Toulouse: Antoine Brosses, 1761, préface.

55 ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Introducción, libro primero: teoría general, trad. Angela Romera Vera, Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 23.

56 PICARDI, Nicola. “Introdução ao *Code Louis*”. Ob. cit., pp. 69-70. De hecho, la *Ordonnance* de 1667, al igual que la ordenanza sajona de 1622, fueron las primeras legislaciones de la Edad Moderna cuya vocación fue apropiarse del proceso (PICARDI, Nicola. *Processo. I. Processo civile. c) Diritto moderno*. Ob. cit., p. 114).

57 Al respecto, vale la pena tener en cuenta que “en el derecho común, la doctrina de la *interpretatio* encontraba su norma de reconocimiento en la equidad, no en la voluntad del legislador. La *interpretatio* consistía en un concurso de *auctoritates* y de *rationes* y era ejercida según las técnicas de una razón dialéctica, social y justificativa” (PICARDI, Nicola. “Introdução ao *Code Louis*”. Ob. cit., p. 93), por lo que esta disposición de Luis XIV, a pesar que no tuvo mucho éxito, fue una clara demostración de la tendencia, en la Edad Moderna, de la función del juez frente a la ley: apenas la declaración de la voluntad del soberano. Así, como elocuentemente afirma PICARDI, la *Ordonnance* intentó imponer un *modelo de legislación sin jurisdicción*, buscando quebrar el modelo totalmente opuesto del derecho común, consistente en una *jurisprudencia sin legislación* (*Ibidem*, pp. 96-97).

58 “L’objet du Roi a été d’établir une forme de proceder certaine & uniforme dans tout son Royaume, ce qui étoit non-seulement, mais nécessaire: s’il étoit permis de s’en écarter, sans tomber dans le cas de la nullité, la forme de procéder deviendroit arbitraire, la Loi seroit inutile, & son objet ne seroit pas rempli” (RODIER, Marc-Antoine. Ob. cit., p. 4). Asimismo, debe tenerse en cuenta, como recalca PICARDI, que para dicha época, la obediencia de los jueces al rey “representaba, sobre todo, la ruptura con principios político-constitucionales tradicionales (...). Al *rey-juez* del constitucionalismo medieval le sustituía el *rey-legislador*” (“Introdução ao *Code Louis*”. Ob. cit., pp. 82-83).

59 RODIER, Marc-Antoine. Ob. cit., p. 5.

regla de la *Ordonnance* consagra un viejo adagio de origen filosófico: *le forme emport le fond*. En efecto, el fondo estaba subordinado a la forma y una violación de ésta impedía, irremediablemente y por lógica consecuencia, llegar a aquel. Este era el espíritu de la *Ordonnance*, nada raro en un Estado absolutista; no obstante, como veremos algunas líneas más adelante, la práctica se rebeló contra este rigorismo.

Hasta el momento se puede concluir que, a pesar del notorio esfuerzo por romper con el proceso del derecho común y, por consecuencia, la reducción de formalidades, la *Ordonnance* no fue un “proceso libre”. Por el contrario, a lo largo de su lectura encontramos diversas disposiciones que consagran una rigurosa formalidad que suele venir acompañada con una expresa conminación de nulidad (adicionalmente a la *regla general* de nulidad que hemos mencionado) y, otras veces, con multa a los funcionarios que la incumplan, también con absoluta prescindencia de dicha regla general.

Algunos casos los encontramos, por ejemplo, en el título II – *Des ajournements* (término que es sinónimo de *citation*). Así, hay nulidad del emplazamiento cuando los *Huissiers* (alguaciles o funcionarios judiciales que desempeñaban tareas de notificación) y los *Sergens* (agentes de policía) omitían colocar la jurisdicción a la que pertenecían, su domicilio, nombre, el domicilio y calidad de la parte (art. II). Lo mismo sucedía si dichos funcionarios no consignaban, en el original y en la copia de la notificación (*exploit*) el nombre de las personas a quien se le dejaba la documentación (art. III). Asimismo, si no se encontraba a nadie en el domicilio en que debía notificarse, se debía dejar la notificación unida a la puerta y avisar a un vecino más próximo para que éste, a su vez, le advierta al emplazado de la notificación recibida (art. IV). De igual manera, en los casos en donde era necesario que el demandante cuente con un representante (*procureur du demandeur*), si se omitía colocar el nombre de éste en el emplazamiento o cualquier otra intimación, las notificaciones eran nulas (art. XVI).

Sin embargo, aunque no se desprende del texto de la *Ordonnance*, se puede afirmar que en la praxis judicial y forense francesa bajo la vigencia de dicha normativa, se dio un fenómeno fundamental en la forma de concebir la nulidad en el ámbito de un proceso judicial, que años después se plasmó legislativamente en el texto del *Code de Procédure Civile* de 1806.

El art. V del título V – *Des Congez & Défauts* señala escuetamente: “*Dans les Défenses seront employées les Fins de non-recevoir, nullité d’exploits ou autres exceptions péremptoires, si aucunes y a, pour y être préalablement fait droit*”. Al respecto, hay que tener en cuenta que según

la *Ordonnance* existían tres actos bien distintos entre sí que realizaba el demandado: la *présentation*, las *défenses* y la *contestation en cause*. Mediante la *présentation* un representante (*procureur*) declara estar a cargo de defender a tal persona (*défendeur*) de una tal notificación (*exploit*) producto de una demanda (*assignation*); las *défenses* vienen a ser un cuaderno (*cahier*) que contiene las excepciones contra la demanda; en tanto que la *contestation en cause* es el primer alegato del demandado (*première plaidoirie*)⁶⁰.

Es así que RODIER, en su *XIII Observation* al título II – *Des ajournemens*, y dejando en claro que se trata de observaciones que no pueden ser encontradas en el texto de la *Ordonnance*, afirma tajantemente que “les nullités ou défauts de formalité d’un ajournement sont couvertes ou par la présentation, ou par les défenses, ou par la contestation en cause”⁶¹. Así, este autor clasifica las nulidades, según la práctica, en extrínsecas e intrínsecas, siendo que las primeras son aquellas formalidades incumplidas que pueden ser advertidas en la copia de la notificación (*copie de l’exploit*) y las segundas únicamente pueden verificarse en el original. Así, las nulidades extrínsecas deben ser alegadas durante la *présentation* o, al menos, señalar que éstas serán alegadas en las *défenses*; de lo contrario, quedan cubiertas (*couvertes*), lo cual significa, evidentemente, en términos modernos, que precluye su oportunidad para hacerlas valer. En cuanto a las nulidades intrínsecas, por encontrarse en el original de la notificación, su alegación puede darse después de la *présentation*, luego de las *défenses* e inclusive antes de la *contestation en cause*⁶².

Tras esta exposición resulta interesante cómo las estrictas regulaciones de la *Ordonnance* en materia de nulidad del procedimiento calaron en la práctica. Asimismo, esta experiencia cobra enorme relevancia histórica teniendo en cuenta que se privilegia el logro de la finalidad de la citación, puesto que, no obstante la existencia de una nulidad que determina un acto de citación defectuoso, el citado comparece. Nos encontramos, pues, frente a una auténtica *convalidación*.

Asimismo, no puede dejar de mencionarse un dato histórico de enorme importancia que ocurrió bajo el vigor de la *Ordonnance*. Los Parlamentos de Toulouse, en su actividad propia como tribunal de justicia, introdujeron un criterio mediante el cual se abstuvieron de declarar la nulidad si ésta no perjudicaba a la parte proponente: se trata, efectivamente, de la máxima *nullité sans grief n’opère rien* o, también, pas de *nullité sans grief*. Es curioso observar cómo esta tendencia, cuya presencia es indiscutible en los códigos procesales modernos, era, al momento de su aparición, absolutamente contraria a las disposiciones de la *Ordonnance*⁶³, lo cual no es

60 *Ibidem*, p. 46.

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*, p. 47.

63 “Sous l’ordonnance de 1667, le parlement de Toulouse introduisit un tempérament et ne prononçait la nullité qu’autant que le vice de forme avait occasionné un préjudice à celui qui s’en prévalait. C’est un quatrième système, selon lequel: 1° le juge n’est astreint à annuler les actes que pour un petit nombre d’irrégularités capitales; 2° il peut modifier l’effet des moins importantes; 3° il est autorisé à en valider indirectement quelques-unes lorsqu’elles n’ont pas occasionné de préjudice” (BORDEAUX, Raymond. *Philosophie de la procédure civile. Mémoire sur la réformation de la justice*. Evreux: Imprimerie de Auguste Hérissey, 1857, pp. 387-388). Cabe resaltar que este autor habla de un cuarto sistema de la nulidad –con el que está plenamente de acuerdo, por cierto– tras referirse páginas atrás a aquellos tres modelos. Dicho sistema se caracteriza por tres aspectos: i) las nulidades están regidas por fórmulas sacramentales y rigurosas, en donde las partes se encomiendan a los oficiales de justicia, expertos en formas judiciales, quienes se hacen responsables pecuniariamente por los daños producidos por las nulidades; ii) la aplicación de las nulidades están sujetas a la prudencia (*sagesse*) y equidad del juez; y, iii) las nulidades están limitadas con claridad y nitidez por la ley, la cual sólo da esta consecuencia a la violación de las formalidades más importantes. Este último sistema, según el autor, es el seguido por el *Code de Procédure Civile* de 1806, que consideró como menos importantes diversas formalidades que la *Ordonnance* asignó como esenciales (*Ibidem*, pp. 382 y ss.).

extraño teniendo en cuenta que los Parlamentos no eran escrupulosamente respetuosos de la ley sino que se arrogaban facultades legislativas; no obstante, la introducción de este novedoso criterio, como indica BORDEAUX en su brillante texto⁶⁴, fue una manifestación de la equidad de los jueces en el ámbito de un ordenamiento que la proscribía absolutamente. A pesar de ello, los Parlamentos nunca se liberaron de un viejo y mordaz adagio que reflejaba el descontento con su forma de impartir justicia: “¡Dios nos proteja de la equidad de los Parlamentos!” (*Dieu nous garde de l'équité du parlement!*)⁶⁵.

“(.. .) fue la distinción entre formalidades necesarias y formalidades accidentales lo que determinó el verdadero espíritu del Code (.. .)”

4.3. El Code de procédure civile napoleónico y la superación del adagio “le forme emport le fond”

La Revolución Francesa trajo consigo no sólo un drástico cambio político –primero en Francia, luego en Europa– sino también un intento por dejar atrás la ideología del *ancien régime*, vinculado con el absolutismo y, en el campo judicial, con la corrupción de los Parlamentos. No es extraño, por tanto, que éstos hayan sido una de las primeras instituciones en ser abolidas y, posteriormente, con base en la filosofía de la Ilustración y la dimensión que se le dio a la ley como concreción perfecta de la razón y el absoluto sometimiento de los jueces a ésta, sea necesaria una nueva regulación para los procesos en materia civil⁶⁶. Esto buscó materializarse en el *Code de procédure civile* de 1806, dado bajo el Imperio de Napoleón, al punto tal que el art. 1041, segunda parte, señalaba que “*toutes lois, coutumes, usages e règlements relatifs à la procédure civile seront abrogés*”⁶⁷.

En líneas generales, es posible decir que el *Code* pretendió sustituir el antiguo orden jurídico, privilegiando la simplicidad y seguridad del derecho, así como la publicidad y la oralidad de los juicios, dejando de lado cuestiones y formalidades inútiles⁶⁸.

Aunque el *Code* revalorizó de cierta manera la oralidad y la publicidad en el juicio, “tales innovaciones, no obstante, se muestran insuficientes para la conquista de grandes avances en la rapidez y el abaratamiento de la función jurisdiccional, y el proceso termina por continuar exhibiendo un perfil nitidamente formalista, demasiado lento y en su mayor parte escrito”⁶⁹. Más aún, se ha llegado a decir que la legislación francesa, por tener un tiempo muy corto de preparación y por la inexistencia de una experiencia jurídica distinta a la del antiguo régimen, tiene una estructura típica del derecho común, es decir, caótica distribución de las materias, repetición de normas, digresiones inútiles, normas demasiado genéricas o demasiado analíticas, muchas lagunas, falta de una disciplina orgánica de las instituciones, etc.⁷⁰

Sin embargo, en materia de nulidad se observa un desarrollo particularmente interesante, notablemente superior y mucho más complejo que la *Ordonnance* de 1667. En efecto, son tres los artículos que aquel cuerpo legal le dedica a la nulidad procesal: “173. Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'este proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence”; “1029. Aucune des nullités, amendes et déchéances prononcées dans le présent Code, n'est comminatoire”; y “1030. Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en pas formellement prononcée par la loi.– (...)”.

De limitarse únicamente al enunciado normativo, el régimen de nulidades procesales en el *Code* puede resumirse de la siguiente manera: *i)* las nulidades que existan en el emplazamiento o en los actos del procedimiento quedan saneadas si es que se propone cualquier tipo de excepción dilatoria o perentoria, salvo la de incompetencia, o si se realiza alguna defensa sobre el mérito; *ii)* siendo todas las nulidades conminatorias (nótese que el art. 1029 utiliza una doble negación: “ninguna nulidad (...) dejará de ser conminatoria”), el juez no se puede sustraer a declararlas cuando la ley lo exige; y, *iii)* el juez sólo debe aplicar la nulidad cuando la ley lo exige⁷¹, y no puede ser ni más ni menos severo que la ley⁷².

64 No por acaso un jurista de la talla de Vittorio DENTI se refirió a él como “il libro più acuto scritto nell'Ottocento francese sulle riforme processuali” (“Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra Illuminismo e codificazione”. En: *Un progetto per la giustizia civile*. Boloña: Il Mulino, 1982, p. 106).

65 BORDEAUX, Raymond. *Ob. cit.*, p. 384.

66 Resulta de enorme importancia histórica lo ocurrido en 1790, cuando la Asamblea Constituyente francesa decidió abrogar las antiguas normas de procedimiento e hizo prevalecer la regla de la libertad de formas absoluta en el proceso. Algunos años más tarde, este sistema fue dejado de lado y volvió a cobrar vigencia la antigua *Ordonnance* de 1667, hasta la entrada en vigencia efectiva del *Code de Procédure Civile*. Sobre el tema, cfr. DENTI, Vittorio. “Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra Illuminismo e codificazione”. *Ob. cit.*, pp. 102-104.

67 *Code de procédure civile. Édition originale et seule officielle*. París: L'Imprimerie Impériale, 1806, p. 239. No obstante, BONNIER aclara que “questa abrogazione non è da intendersi in una maniera assoluta. Le matiere sulle quali esisteva una procedura particolare, motivata per la loro stessa natura, continueranno ad essere sommesse ad una legislazione speciale” (*Elementi di procedura civile*. Nápoles: Editori Tomm. Guerrero, 1855, p. 11-12). Vale precisar que también contamos con la edición francesa de la obra precedentemente citada: BONNIER, Édouard. *Éléments de procédure civile*. París: Librairie de Plon Frères, 1853, p. 9; sin embargo, las citas que se realicen en lo sucesivo serán de la edición italiana, haciendo la referencia correspondiente a la obra en su idioma original.

68 Cfr. PETRONIO, Ugo. “Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul Codice di Procedura Civile del 1806”. En: PICARDI, Nicola y GIULIANI, Alessandro [a cura di]. *Testi e documenti per la storia del processo, V, I Codici Napoleonici*, t. I: *Codice di procedura civile*, 1806. Milán: Giuffrè, 2000, pp. XXXVI y ss. Cabe recordar que la *Ordonnance* de 1667, efectivamente, ya había traído consigo la desaparición de formalidades viejas e inútiles, tal como lo reconoce BONNIER (*Elementi*. *Ob. cit.*, p. 8; *Éléments*. *Ob. cit.*, p. 6).

69 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Del formalismo*. *Ob. cit.*, p. 90. Sobre el tema, en un famoso ensayo, CHIOVENDA compara la *Zivilprozessordnung* alemana de 1877 con el *Code de procédure civile* de 1806: “Al contrario, il code de procédure, che riproduce essenzialmente il diritto delle ordinanze dei Re di Francia, non è soltanto una legge antiquata, ma nelle sue linee principali è rimasta una legge germanica” (“L'idee romana nel processo civile moderno”. En: *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), volumen tercero. Milán: Giuffrè, 1993, p. 93).

70 Para una crítica mortífera al *Code*, cfr. TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Boloña: Il Mulino, 1980, pp. 62 y ss. y la doctrina allí citada.

71 Así, según la explicación de BOITARD. *Leçons sur le Code de Procédure Civile (continuadas y completadas por G. F. Colmet-Daage)*, tomo primero, 6a ed. París: Cotillon, Libraire du Conseil D'État, 1854, p. 371, el art. 1029 manda que “les juges ne peuvent jamais se dispenser d'appliquer les nullités prononcées par la loi, lorsque la partie les invoque”; mientras que el art. 1030 dispone que “les juges ne peuvent jamais suppléer les nullités; qu'ils ne peuvent les appliquer que quand la loi les applique formellement”. Exactamente la misma lección aparece en una edición posterior de esta obra (BOITARD. *Leçons sur le Code de Procédure Civile (revisadas, anotadas, completadas por G. F. Colmet-Daage)*, tomo primero, 7a ed. París: Cotillon, Libraire du Conseil D'État, 1860, p. 358).

72 “Le magistrat ne doit donc être ni plus ni moins sévère que la loi” (BONCENNE. *Théorie de la procédure civile, précédée d'une introduction*, tomo primero. Bruselas: Société Typographique Belge, 1839, p. 220).

La sola lectura de estas disposiciones –concretamente la norma contenida en el art. 173–, complementado por la convicción de la doctrina, permite advertir que el adagio “*le forme emport le fond*” había sido superado, puesto que la propia ley reconoce que a pesar de violarse alguna de las formalidades que ella consagraba, el fondo podía llegar a prevalecer. Qué duda cabe que esta innovación resulta un hito fundamental en la historia de la nulidad en el proceso civil.

No es posible, sin embargo, dejar de tener en cuenta el contexto político-jurídico subyacente a la solución legislativa adoptada por el *Code*. Así, el tribuno MALLARMÉ, autor del art. 1029, ya en 1806 había dicho lo siguiente:

“Il ne sera plus au pouvoir du juge de confirmer ou annuler un acte, de prononcer une amende, ou d’en faire la remise, de déclarer une déchéance encourue, ou d’en relever, suivant que des circonstances ou des considérations particulières pourraient l’y porter ; il ne devra, à cette égard, prendre conseil que de la loi; son office sera borné à en faire l’application littérale sans qu’il puisse jamais en modérer ou aggraver la rigueur”⁷³.

En efecto, la interpretación literal que proviene de los rígidos arts. 1029 y 1030 no da espacio al juez para dejar de aplicar una nulidad cuando la ley lo manda, ni para aplicar una nulidad cuando la ley no lo menciona expresamente. Así es como el legislador francés, fuertemente influenciado por las ideas de MONTESQUIEU, que reflejaban una fuerte reacción contra la enorme arbitrariedad de los Parlamentos, pretendió atar de manos a los jueces franceses en materia de nulidad. Este era, pues, el *espíritu* del *Code* de 1806.

Hasta aquí el discurso legislativo, pero, ¿será que en la práctica se aplicó a rajatabla lo que el legislador quería? ¿Habría secundado la doctrina la intención de la codificación napoleónica?

Se constata, en primer lugar, que fue muy rigurosa la manera cómo se tomó la regla general de sanación de la nulidad en la citación, al punto que en un pronunciamiento de 1810, citado por LORET, la Corte de Casación francesa señaló que la simple solicitud de las copias de las piezas de la demanda por los demandados es suficiente para sanear (*couvrir*) los vicios de la demanda (*assignation*), y rechazó el pedido de nulidad realizado después de dicha solicitud⁷⁴. También se llegó a decir que, en la lógica del art. 173, si en el transcurso del proceso se proponía una cuestión, las nulidades no

podrían ser propuestas si se llegaba a discutir el fondo del asunto⁷⁵.

No obstante, inclusive en los primeros años en que el *Code* fue promulgado, la labor jurisprudencial y doctrinaria empezó a darle un contenido mucho más complejo al régimen de nulidad, no limitándose, por más inverosímil que suene teniendo en cuenta el espíritu codificador de la época, al texto literal de la ley. Esto no quiere decir que se hayan ignorado las rígidas disposiciones del *Code*, sino que se admitió que había ciertas hipótesis que, efectivamente, no se encontraban previstas en la legislación y que, por tanto, ésta no era aplicable a aquellas.

En primer lugar, la doctrina reconoció que la nulidad regulada en el art. 173 era apenas *nulidad de forma*, por tanto, aquellas que no entran dentro de esta categoría, no son saneadas tal como exige esta norma. En efecto, según BONNIER, “egli è essenziale di ben comprendere il valore di questa disposizione, la quale non si applica che alle nullità di pura forma, a quelle che d’ordinario appellansi *nullites d’exploit*: tali sono le formalità prescritte a pena di nullità dall’art 61 per la validità dell’atto di citazione. Ma le nullità che non alla sola forma si attengono, *come quelle che collegansi al manco di qualità dell’attore, possono proporsi per tutto il corso della causa*”⁷⁶ (últimas cursivas agregadas). Como ya se vio, el *Code* no hacía ninguna diferencia entre nulidad de forma y nulidad de fondo.

Por su parte, aunque dé la impresión que el art. 1030 proscribía tajantemente que existan nulidades sin texto expreso, uno de los autores del *Code*, Eustache-Nicolas PIGEAU, decía que “les tribunaux doivent prononcer la nullité dans deux cas: 1. Lorsque la loi la prononce elle-même; 2. Lorsque, bien que la nullité ne soit pas expressément prononcée par la loi, l’acte est vicié par le défaut d’une forme *substantielle*”. Y más adelante, comentando el art. 1030, PIGEAU se reafirma: “si néanmoins la forme omise était substantielle, il faudrait déclarer l’acte nul, lors même que la nullité n’en serait pas formellement prononcée par la loi”⁷⁷.

Aquí la doctrina francesa comienza a diferenciar las formas *sustanciales*, *esenciales* o *necesarias* de las *accidentales* o *secundarias*, siendo que una violación de las primeras, precisamente por ser de gran importancia para el proceso, debía implicar una nulidad aunque la ley no la conmine expresamente. En estrictos términos, esta labor doctrinaria estaba claramente en contra de la letra expresa de la ley, por lo que este hecho no puede dejar de llamar la atención⁷⁸.

73 Texto tomado de *La Belgique Judiciaire, gazette des tribunaux belges et étrangers*, tomo segundo, n. 91, 13 de octubre de 1844, p. 1487. El mismo discurso también es citado, con mayor amplitud inclusive, por MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II. Della competenza. I principii generali della procedura, 2a ed. diligentemente revisada. Milán: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1923, p. 807.

74 LORET. *Le Code de Procédure Civile expliqué par la jurisprudence des tribunaux*, tomo primero. París: Bureau des Annales du Notariat, 1811, p. 355.

75 “De même que les nullités de l’exploit d’ajournement sont couvertes dès qu’on passe à l’examen du fond de la cause, de même les nullités d’une enquête ne peuvent plus être proposées, dès qu’on a entamé, discuté le fond de cette enquête, et le fond, dans ce cas comme dans tout autre, c’est ce qu’il serait inutile d’examiner si la nullité était proposée et prononcée” (BOITARD. *Leçons*, tomo primero, 6a ed. *Ob. cit.*, p. 370).

76 BONNIER. *Elementi*. *Ob. cit.*, n. 426, pp. 162-163 (*Éléments*. *Ob. cit.*, n. 429, p. 164).

77 PIGEAU. *Commentaire sur le Code de Procédure Civile*, tomo segundo. París: Brière, 1827, p. 740. Señalando que esa conclusión era pensamiento común en toda la doctrina procesal francesa: MORTARA, Lodovico. *Commentario*, v. II. *Ob. cit.*, pp. 808-809.

78 La lección de MORTARA corrobora nuestro entendimiento: “Avranno serbata poca fedeltà alla legge gli interpreti dell’art. 1030; avranno contruito il loro sistema non sulla base della volontà del legislatore, ma forse agli antipodi di questa; sempre è che la costruzione, fortificatasi e consolidatasi attraverso un secolo, corrisponde al bisogno della giustizia e intende alla sua soddisfazione; mperocchè [sic] a nessuno verrebbe in mente di accusare scrittori e magistrati di Francia del malvagio proposito di ripristinare gli abusi e le deplorate ingiustizie della pratica anteriore al codice” (*Commentario*, vol. II. *Ob. cit.*, p. 809).

En el mismo sentido, BOITARD pone un ejemplo esclarecedor: el art. 1 del *Code* regula las formalidades de la citación ante el conciliador que, a diferencia del art. 61, que habla sobre las formalidades de la citación ante el juez, no posee expresamente una *peine de nullité*. ¿Esto quiere decir que ninguna violación de las formalidades en la citación ante el conciliador puede producir una nulidad? Para BOITARD la respuesta es negativa pues sería irrazonable afirmar que a pesar de estos defectos la citación sería válida. ¿Cómo es que le atribuye, entonces, la nulidad? Recurriendo a la distinción entre formalidades esenciales y accidentales, las cuales, siendo indicaciones de la ley para una más estricta regularidad⁷⁹, no comprometen en forma determinante la existencia del acto. Por tanto, a pesar del silencio de la ley en atribuir la nulidad a tal o cual violación de formalidad, aquellas que sean esenciales (o sustanciales) también tienen esta consecuencia⁸⁰, por encontrarse “dentro de la naturaleza de las cosas como una consecuencia inflexible”, y por ello no requieren estar previstas en la ley⁸¹.

Por su parte, GOBEAU DE LA BILLINNERIE recoge una sentencia de la Corte de Casación de 1807, que señala que un acto puramente procedimental puede ser declarado nulo a pesar de que no existe texto expreso de la ley que así lo mande, si es que la formalidad incumplida perjudica la *sustancia* del acto⁸².

La lección de BOITARD sobre este tema va más allá inclusive, pues afirma que hay formalidades cuya violación acarrea la nulidad porque la ley así lo contempla expresamente (por ejemplo, la fecha en el caso de la citación), pero esas mismas formalidades presentes en otros actos donde no hay nulidad expresa, pueden ser accidentales, por lo que “il a satisfait à ce qu'exige la nature, la substance même de l'acte; on n'a rien de plus à lui demander”⁸³.

En otras palabras, puede afirmarse que la doctrina francesa asoció las nulidades conminadas a las formalidades accidentales (que, por su *naturaleza*, no tenían como consecuencia la nulidad salvo que exista mandato expreso de la ley), en tanto que admitió la existencia de formalidades sustanciales, tan importantes en el momento de realizar los actos procesales que, si faltasen, la nulidad era irremediable, y por ser esenciales justamente por su *naturaleza*, no precisaban de conminación alguna.

De esta manera, se ve con gran claridad que las reglas contenidas en el propio *Code* no fueron suficientes

para forjar un sistema de nulidades satisfactorio para la doctrina de la época. Fue ella la que se encargó, precisamente, de darle un mayor contenido al texto legislativo, pero cuidándose, es verdad, de no contrariarlo tan abiertamente, lo cual era más que razonable atendiendo al espíritu de la época. En cuanto a la línea evolutiva propuesta –siempre de la mano del criterio de la *funcionalidad* de la nulidad–, nos encontramos con una importantísima evolución en la manera de contemplar y aplicar las formas y la nulidad, como consecuencia de la violación de algunas de éstas.

En efecto, más allá de pretender atar de manos a los jueces obligándoles a aplicar las nulidades cuando la ley así lo señala, y a no aplicarlas cuando la ley no lo hace (lo cual, como se ha visto, vino a ser una reacción contra la arbitrariedad de los Parlamentos), la doctrina francesa tomó una verdadera conciencia del papel de las formas en la dinámica del proceso, las cuales no deben ser un obstáculo para que éste provea una solución a los ciudadanos. Es por ello que hubo una importante reducción de casos expresos de nulidad, despojando a ciertas formalidades de esta consecuencia tan severa. Asimismo, fue encomiable la limitación expresa de las posibilidades de la chicana al impedir la discusión sobre la nulidad de la citación en el transcurso del proceso, confinándolo al inicio de éste, lo cual bajo la vigencia de la *Ordonnance* únicamente se dio en la práctica.

Sin embargo, fue la distinción entre formalidades *necesarias* y formalidades *accidentales* lo que determinó el verdadero espíritu del Code –o, al menos, el que la doctrina y la jurisprudencia le atribuyeron–, puesto que con esta teorización se supera el estrecho margen impuesto por la legislación, atenuando así el rigor formalista⁸⁴. No está de más decir que bajo este esquema se construyó el *Codice di Procedura Civile* italiano de 1865, cuya regulación, que consagra la diferencia entre formalidades esenciales y accidentales, será analizada más adelante (*infra*, n. 4.5).

4.4. La incorporación del perjuicio en la *Loi de la Procédure Civile* del Cantón de Ginebra de 1819

En la valiosa investigación histórica sobre la evolución del formalismo en el proceso civil, Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA hace mención expresa al trabajo de Pierre-François BELLOT, talentoso jurista ginebrino, que dio como resultado la *Loi de la Procédure Civile* del Cantón

79 Cfr. BONCENNE. *Ob. cit.*, pp. 220-221.

80 BOITARD. *Leçons sur le Code de Procédure Civile (revisadas, anotadas, completadas y puesta en armonía con las leyes recientes por G. F. Colmet-Daage)*, tomo segundo, 8a ed. París: Cotillon, Librairie du Conseil D'État, 1861, p. 637.

81 BONCENNE. *Ob. cit.*, pp. 221, quien toma el mismo ejemplo de BOITARD sobre el art. 1 del *Code*.

82 GOBEAU DE LA BILLINNERIE. *Traité des exceptions en matière de procédure civile*. París: Librairie de jurisprudence et d'administration d'Antonio Bavoux, 1823, p. 105.

83 BOITARD. *Leçons*, tomo segundo, *Ob. cit.*, pp. 637-638.

84 Tal como lo reconocen MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA: “La giurisprudenza francese ha moderato nella pratica il rigore della disposizione dell'articolo 1030, introducendo a canto ad essa una massima giustissima. I giureconsulti hanno distinto, negli atti di citazione e della procedura in genere, le formalità *accidentali* e *secondarie* dalle *formalità sostanziali*. Essi hanno giudicato che l'art. 1030 non potesse comprendere nella sua ipotesi se non la prima maniera di formalità; perocchè le seconde hanno tal forza e vigore per se stesse, che la loro omissione deve reputarsi equivalenti alla mancanza dell'atto che esse rivestivano, per necessità logica, e senza bisogno d'una speciale disposizione della legge. (...)”

Per la qual cosa dagli articoli 1029 e 1030 del loro Codice (...) i commentatori francesi ricavarono due conseguenze, anzi due norme per la applicazione di quelli: 1° Che la omissione d'una formalità *accidentale* e *secondarie* non può per se sola ocasionare la nullità dell'atto, se la legge non l'ha formalmente dichiarato. 2° Che per quanto sia lieve la formalità inosservata, la nullità dell'atto deve essere dichiarata dal giudice, allorchè è stata formalmente pronunciata dal legislatore. Corollario di queste due proposizioni è che gli articoli di sopra citati riguardano le sole nullità *accidentali*, ma non mai le nullità *sostanziali*” (MANCINI, Pasquale Stanislao; PISANELLI, Giuseppe y SCIALOJA, Antonio. *Commentario al Codice di Procedura Civile* per gli Stati Sardi con la comparazione degli altri Codici italiani, e delle principali legislazioni straniere, vol. I, parte II. Procedura davanti i giudici di mandamento con un trattato sulle azioni possessorie del professore Antonio Scialoja. Turin: Stamperia dell'Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1857, pp. 15-16, siendo precisamente SCIALOJA el autor de este volumen).

de Ginebra de 1819⁸⁵. Inclusive, el profesor gaúcho la califica como “una ola furiosa y de gran tamaño” que sobresale en la pasividad de las codificaciones de las primeras décadas del siglo XIX⁸⁶.

En materia de nulidades (arts. 745 al 749), la *Loi* muestra un desarrollo particularmente innovador respecto del *Code*, al punto que no regula la excepción de nulidad del art. 173 y, en el caso de las conocidas disposiciones sobre la conminación de las nulidades de los arts. 1029 y 1030, adopta una regulación bastante distinta a la de éstos. En realidad, es posible decir que, para la época, la *Loi* consagra un sistema nuevo por poseer un espíritu totalmente distinto al del codificador francés. No se trata de constreñir al juez para que apenas pronuncie y no deje de pronunciar las nulidades que están previstas en la ley, sino, como dice el propio BELLOT⁸⁷, realizar un equilibrio entre la preservación de las garantías de la ley, la práctica de la chicana y el culto supersticioso por las formas, como se desprende de este pasaje:

“L’acte de procédure qui en sera entaché sera-t-il donc indistinctement maintenu, ou toujours annulé? Le maintenir indistinctement, serait rendre illusoire les précautions, les garanties de la Loi, réaliser, sanctionner le tort qu’elles étaient destinées à prévenir. L’annuler toujours, serait ouvrir à la chicane une effrayante latitude, sacrifier la bonne foi au culte superstitieux des formes. C’est en distinguant les cas, le genre de la contravention et du préjudice causé, que nous éviterons les inconvénients de ces deux partis extrêmes”⁸⁸.

Así, el sistema propuesto por BELLOT tiene al art. 745 como pilar. Este dispositivo dice lo siguiente: “Sera annuler, sous les conditions ci-après (art. 746 a 748), tout acte de procédure fait en contravention à la présente loi, 1. S’il émane d’un magistrat ou officier judiciaire incompétent; 2. Si la contravention a causé à la partie qui l’oppose, un préjudice qui ne soit réparable qu’en annulant l’acte; 3. Si la nullité en est formellement prononcée para la loi”. Dichas causales no son, por cierto, confluentes, sino alternativas.

El propio jurista suizo explica cada una de ellas. En lo que respecta al n. 1, la ley le confía la confección de los actos procesales a determinado juez o a determinado oficial judicial, siendo que de esta manera se le garantiza al acto su autenticidad y existencia legal, por lo que esta nulidad es de derecho público, pues “elle dérive de la nécessité de ne porter aucune atteinte à l’ordre de jurisdiction établi”⁸⁹.

Por su parte, en el n. 2 radica la riqueza del sistema propuesto por BELLOT, puesto que mandar anular al juez apenas si es la única manera de reparar el perjuicio causado a la parte que plantea la nulidad. La redacción de la ley distingue, por tanto, tres ámbitos distintos: *i*) inexistencia de perjuicio, *ii*) perjuicio reparable y *iii*) perjuicio no reparable, siendo que en las dos primeras hipótesis no habría nulidad, mientras que en la tercera sí. La inexistencia de perjuicio quiere decir que la contravención a la ley es indiferente a la parte contraria, en tanto que la existencia de perjuicio *reparable* implica la posibilidad de suplir la formalidad omitida por una actuación posterior, como sería el caso de la presentación de una demanda sin ofrecer los medios probatorios o las copias de éstos. En ese caso, dice BELLOT que “il ne sera point annulé sans les moyens, mais ces pièces, ces moyens, qu’il importe à la partie de connaître, lui seront donnés dans une écriture additionnelle”⁹⁰. Por su parte, el perjuicio *no reparable* quiere decir, en realidad, que el perjuicio no puede ser reparado sin anular el acto, como sería el caso de una citación dirigida a otra persona distinta al demandado, no permitiéndole participar en el proceso.

Puede verse, así, la gran importancia del principio “*pas de nullité sans préjudice*” y cómo la nulidad viene a ser un mecanismo para eliminar el perjuicio sufrido por la parte. Este sistema, como indiqué, no tiene nada que ver con el modelo francés, tanto el legislativo como el doctrinario, lo cual se corrobora cuando el propio BELLOT dice que es este principio “simple, fécond en conséquence, que nous substituons à ces obscures doctrines de contraventions à des lois prohibitives ou impératives, de formalités substantielles ou accidentelles”⁹¹.

En lo que toca al n. 3, podría parecer contradictorio con el n. 2, pues obliga al juez a anular cuando la ley lo dice; no obstante, BELLOT justifica esta disposición en el sentido que absolutamente todas las conminaciones de nulidad expresamente previstas en la *Loi* fueron colocadas por la importancia de la formalidad o la evidencia del perjuicio⁹², apartando, así, la exageración del legislador al prohibir la violación a sus disposiciones.

Por su parte, entre las demás reglas que prevé la *Loi*, destaca el art. 746, que impide al juez pronunciar la nulidad si no es propuesta por la parte facultada por la ley o que tenga interés para proponerla, así como el art. 748, en donde, en la hipótesis de anular un procedimiento sólo a partir del acto que dio causa a la nulidad⁹³.

85 Son dos las ediciones que manejamos en esta ocasión: *Loi de la Procédure Civile du Canton de Genève. Collection des lois civiles et criminelles des États Modernes*. Rennes-Paris: Blin-Joubert, 1837 y *Loi sur la Procédure Civile du Canton de Genève suivie de l’exposé des motifs par feu P.-F. Bellot*, 3a ed. Ginebra-Paris: Cherbuliez-Librairie de la Suisse Romande, 1870.

86 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Del formalismo*. Ob. cit., p. 100. Esta apreciación se justifica en el hecho que la *Loi* saca de su tradicional posición pasiva al juez, aspecto típico del proceso francés, y le otorga un papel activo, inclusive para investigar los hechos de la causa, excluyéndose también el sistema de la prueba legal (*Ibidem*, p. 101).

87 Cabe resaltar que la exposición de motivos realizada por BELLOT sólo abarca hasta el título XXVI de un total de XXXIII, pues murió antes de realizar la segunda parte (lo cual se puede apreciar en la edición de la *Loi* que data de 1837). No obstante, en la edición de 1870 que hemos consultado, el editor realizó un trabajo de extracción de los cursos académicos de BELLOT, escritos a puño y letra, sobre las materias faltantes, bajo el nombre de “Commentaires” a fin de que sean la continuación de la *Exposé des Motifs* original, escrita en 1821 (*Loi sur la Procédure Civile du Canton de Genève suivie de l’exposé des motifs par feu P.-F. Bellot*. Ob. cit., p. VI). En esta continuación entra el tema de la nulidad, por encontrarse en el título XXXIII (*Dispositions générales*).

88 *Ibidem*, p. 393.

89 *Ibidem*, p. 394.

90 *Ibidem*.

91 *Ibidem*, pp. 394-395.

92 *Ibidem*, p. 396.

93 Art. 746. “La nullité ne pourra être prononcée qu’à la demande de la partie en faveur de laquelle la loi l’aura admise, ou qui aura un intérêt à l’opposer, sauf le cas du défaut (art. 11, n. 1)”.

Finalmente, todo esto redundará en un sistema adelantado a su tiempo, dando una gran importancia (aunque no total, como ocurre en muchos códigos contemporáneos) a la producción de la nulidad condicionada por la existencia del perjuicio. Aquí es donde radica, a nuestro criterio, el principal aporte de la reforma de BELLOT a la evolución de la función de la nulidad frente a las formas. No podemos negar que otra sería la historia si este modelo hubiera sido tomado en cuenta por las experiencias codificadoras italianas de la primera mitad del siglo XIX; sin embargo, como analizaré a continuación, la influencia ejercida por el *Code* fue realmente grande en Italia, a pesar de ser la ley de un país invasor.

4.5. La codificación italiana del siglo XIX: inicio del camino hacia el modelo de la finalidad

4.5.1. La influencia francesa en la legislación italiana pre-unitaria⁹⁴

El *Code de Procédure Civile* de 1806 influyó a gran parte de Europa a causa de las invasiones napoleónicas, y los reinos de Italia no fueron la excepción, siendo acaso las legislaciones que recibieron con mayor pasividad el influjo codificador francés. En efecto, la imposición y efectiva vigencia del *Code* en los estados italianos – legislación que nada tenía que ver con el proceso del derecho común que aún imperaba en Italia– significó “un punto di non ritorno nella esperienza storica inherente alla disciplina del processo civile, costituito dalla necessità di una codificazione processuale”⁹⁵, puesto que después del fin del dominio napoleónico en Italia con el Tratado de París de 1814 (siendo el inicio del período históricamente conocido como la Restauración italiana), aunque algunos estados regresaron a sus legislaciones de derecho común, al final todos terminaron adoptando sus propios códigos de procedimiento civil, ya no inspirados en el viejo derecho⁹⁶, sino elaborados, unos más otros menos, a imagen y semejanza del *Code*.

En principio, es preciso indicar que si bien la región de Lombardía también fue anexada a los dominios franceses (y por tanto, allí rigió efectivamente el *Code*,

sustituyendo al *Regolamento giudiziario* de 1797 de José II⁹⁷), ésta se encontraba integrada al Imperio Austro-húngaro como una provincia. Con la caída de Napoleón, este imperio volvió a ejercer dominio sobre dicho territorio, surgiendo el Reino Lombardo-Véneto, que en 1815 recibió de Francisco I una nueva codificación en materia de proceso civil: el *Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto*⁹⁸, cuya fuente de inspiración fue, naturalmente, el *Regolamento* anterior y no el *Code*.

Así, además, de las características propias del procedimiento de dicho texto⁹⁹, en lo que interesa a nuestro tema se verifica que no hay regulación de nulidades en el curso del procedimiento (como el art. 173 del *Code*, atinente a la citación) ni tampoco limitaciones para el pronunciamiento de nulidades, a ejemplo del art. 1029 y 1030. La nulidad aparece solamente en la regulación sobre la querrela de nulidad (§§ 332-338), medio impugnatorio que la parte puede interponer si “cree poder demostrar que la sentencia proferida contiene una nulidad manifiesta” (§ 332) y, concretamente, el § 334 impone al juez revisor que, de rescindir la sentencia de primer grado, ordene la realización de un procedimiento nuevo y regular¹⁰⁰.

Ya dentro de las legislaciones que tienen como fuente al *Code* de 1806¹⁰¹, tenemos la ley procesal civil para el Reino de las dos Sicilias de 1819¹⁰² (también conocido como *Codice napolitano*) que no fue otra cosa que una traducción del *Code* al italiano con algunas adaptaciones, un distinto articulado y otras divisiones¹⁰³. En lo que toca a la nulidad, el texto de los arts. 267, 1105 y 1106 son traducciones literales de los arts. 173, 1029 y 1030 del *Code*.

Un fenómeno muy distinto al *Codice napolitano* se verifica en el caso del *Codice di Procedura Civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla* de 1820¹⁰⁴ (conocido también como *Codice parmense*), pues esta legislación no se limitó a recepcionar pasivamente el *Code*, sino que se preocupó por realizar mejoras sustanciales. En efecto, la legislación francesa “appare più come punto di partenza da rielaborare e superare, che come un

94 Sobre el tema, con provecho, cfr. SCLOPIS, Federigo. *Storia della legislazione italiana*, vol. III, parte primera. Dall'epoca della Rivoluzione Francese, 1789, a quella delle riforme italiane, 1847. Turin: Unione Tipografico-Editrice, 1864; TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Boloña: Il Mulino, 1980, pp. 54 y ss.

95 TARUFFO, Michele. *Ob. cit.*, p. 56.

96 “Abrogata la legislazione francese, infatti, rimane anche negli Stati della restaurazione la chiara esigenza di una codificazione processuale che sostituisca integralmente i vecchi ordinamenti: così, sotto il profilo che qui interessa la storia della prima metà dell'800 è essenzialmente la storia della codificazione processuale nei diversi Stati preunitari” (*Ibidem*, p. 69).

97 Por razones de espacio, esta legislación no será tratada aquí; no obstante, para un estudio sobre ella resulta de indispensable consulta la *Prefazione* de Nicola PICARDI y la *Introduzione* de Werner OGRIS y Paul OBERHAMMER (trad. de Cesare Andreoli y Francesco Ricci), ambos en PICARDI, Nicola y GIULIANI, Alessandro [a cura di]. *Testi e documenti per la storia del processo*, IV, *Regolamento giudiziario di Giuseppe II, 1781*. Milán: Giuffrè, 1999, pp. VII-XXVIII y XXIX-LX, y también, TARELLO, Giovanni. “Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per un studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile”. En: TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (al cuidado de R. Guastini y G. Rebuffa). Boloña: Il Mulino, 1989, pp. 10-15, quien no sólo ofrece una esclarecedora caracterización del *Regolamento*, sino que lo enmarca dentro uno de lo que él denomina los tres modelos de proceso civil desde una perspectiva histórico-cultural, siendo aquel, al lado del proceso liberal francés y del proceso autoritario de Franz KLEIN, el proceso reformado por los soberanos iluminados (es decir, lo que históricamente se conoce como *despotismo ilustrado*).

98 La edición que utilizamos es la siguiente: *Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto. Edizione ufficiale*. Milán: Regia Stamperia, 1815.

99 Para una exposición bastante convincente sobre el *Regolamento* de 1815, cfr. TARUFFO, Michele. *Ob. cit.*, pp. 70-73.

100 § 334. “Il giudice superiore dovrà, in vista degli atti a lui trasmessi, esaminare avanti tutto la querrela di nullità, e qualora esso la trovi provata e fondata, non potrà procedere a sentenza sull'oggetto principale della causa, ma dovrà cassare la sentenza del giudice inferiore, ordinare un nuovo e regolare processo di prima istanza, indicandogli a tal uopo, con separato decreto, le ragioni della seguita cassazione”.

101 En esta oportunidad no serán analizados los siguientes textos legislativos: el *Codice toscano* de 1814, el *Codice pontificio* de 1817 y el *Codice estense* (Ducado de Módena) de 1852. Todos ellos, sin embargo, son estudiados en la brillante monografía que venimos citando: TARUFFO, Michele. *Ob. cit.*, pp. 73 y ss.

102 La edición que consultamos es la siguiente: *Codice per lo regno delle Due Sicilie. Parte terza. Leggi della procedura nei giudizi civili*, 7a ed. oficial. Nápoles: Stamperia Reale, 1836.

103 MORTARA, Lodovico. *Commentario*, vol. II. *Ob. cit.*, p. 810; TARUFFO, Michele. *Ob. cit.*, p. 80, aunque este autor señala que la adhesión total al modelo francés sirvió para un mejoramiento de la justicia civil napolitana, la posibilidad de utilizar la doctrina francesa, la elaboración de traducciones de los principales autores franceses y la formación de una cultura procesalística no limitada a anotaciones o comentarios destinados a los prácticos (*Ibidem*, pp. 80-82), todo lo cual se reflejó en la elaboración del *Codice* de 1865, al ser de origen napolitanos dos de los juristas que más contribuyeron a la legislación unitaria: Giuseppe PISANELLI y Pasquale Stanislao MANCINI. No es casualidad, por cierto, que la obra de MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA que venimos citando tenga una gran profundidad y densidad teórica, siendo cada uno de los volúmenes que la componen auténticos tratados y no meros “comentarios”.

104 La edición que empleamos es la siguiente: *Codice di Procedura Civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*. Parma: Ducale Tipografia, 1820.

modelo perfetto da uguagliare”¹⁰⁵. Y la regulación sobre la nulidad, de hecho, es una de las materias donde se verifica una evidente superación legislativa respecto al texto francés.

Al igual que el *Code*, la regulación sobre las nulidades en el procedimiento aparece en las disposiciones generales (arts. 152-158), pero éstas ya no se encuentran al final del cuerpo legislativo, sino en el libro segundo, inmediatamente después que se describa, en el libro primero, los personajes que intervienen en el proceso. Así, el art. 152 recoge un texto muy similar al de los arts. 1029 y 1030, consagrando exactamente lo mismo que ellos (“no hay nulidad sin ley”; “no hay conminación de nulidad que no sea obligatoria”); sin embargo, el art. 153 nos ofrece la primera sorpresa:

“Se in un atto sieno mancanti quelle forme, o quei requisiti che costituiscono l’essenza, o la prova dell’atto stesso, allora quest’atto è sostanzialmente nullo, ancorchè la legge non lo dica espressamente”.

Se trata, efectivamente, de la primera legislación en consagrar la distinción elaborada por la doctrina francesa entre formalidades esenciales y accidentales, lo cual, de por sí, le da una importancia histórica enorme. Con ello, queda claro que el sistema de nulidades ya no solamente se rige por la conminación expresa de la ley, sino que se otorga al juez el poder para desconsiderar actos cuya naturaleza se encuentre gravemente distorsionada.

Asimismo, el *Codice parmense* trae disposiciones que el *Code* no tiene, como el art. 154, que impide la extensión de la nulidad a los actos precedentes al acto anulado, así como a los posteriores que sean independientes de él; el art. 155, que prevé la posibilidad de la renovación de los actos anulados; el art. 156, que exige la emisión de una sentencia que pronuncie la nulidad por más que la ley señala que se trata de una nulidad de pleno derecho; y el art. 157, que prevé la imposibilidad de pedir la nulidad de forma por parte de quien le haya dado causa¹⁰⁶.

De estas disposiciones es altamente destacable la consagración del llamado principio de conservación de los actos procesales, plasmado en forma apenas diferente a los códigos contemporáneos (art. 154), así como el interés para pedir la nulidad (art. 157). No por acaso el propio TARUFFO, en su obra varias veces citada, señala que el *Codice parmense* incorpora una “chiara e unitaria disciplina delle nullità processuali (...) che manca nel codice francese”¹⁰⁷. Por su parte, la regulación sobre la *eccezioni di nullità* (art. 217) es igual al art. 173 del *Code*, en el sentido de exigir la interposición de dicha excepción antes que cualquier tipo de defensa, caso contrario se entiende que existe una renuncia a aquella, con lo cual quedaría sanado el acto viciado.

Otra legislación pre-unitaria que es de gran relevancia para nuestro tema es el *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili* de 1834¹⁰⁸, también llamado *Regolamento gregoriano* pues fue emitido por el papa GREGORIO XVI para los Estados Pontificios, es decir, los territorios italianos bajo dominio del Papado. Si bien este *Regolamento* es una adaptación del *Codice pontificio* de 1817 expedido por el papa PÍO VII (excluyendo las reformas conservadoras operadas en éste bajo el pontificado de LEÓN XII)¹⁰⁹, se trata de la legislación con la regulación más extensa sobre el tema de las nulidades entre todas las codificaciones italianas del siglo XIX, incluido el propio *Codice* de 1865.

“La redacción de la ley distingue, por tanto, tres ámbitos distintos: i) inexistencia de perjuicio, ii) perjuicio reparable y iii) perjuicio no reparable (...).”

Como es costumbre, en las disposiciones generales (el *Regolamento gregoriano* usa la expresión “*disposizioni preliminari*”) viene regulada la nulidad, observándose que los §§ 409 y 410 son idénticos a los arts. 154 y 155 del *Codice parmense* (que se refieren a la conservación de los actos procesales y al interés para pedir la nulidad, respectivamente)¹¹⁰. Asimismo, un dato importante es que no existe una regla similar a la contenida en el art. 153 del *Codice* de 1820, en donde se plasme la consabida diferenciación trabajada por la doctrina francesa. En su lugar está el § 408, que a la letra dice lo siguiente: “Ogni contravvenzioni alle legge di procedura induce la nullità dell’atto: questo atto può essere reiterato, se non sia trascorso il termine perentorio per farlo”.

Como puede verse, además de incorporar la regla contenida en el art. 155 del *Codice parmense* (sobre la renovación), el *Regolamento gregoriano* parecería volver al adagio “*le forme emport le fond*” que imperaba, por ejemplo, en la *Ordonnance* de 1667 y, en general, en el derecho común. No obstante, esto no es del todo cierto, pues esta norma tiene que leerse conjuntamente con el § 778, que será visto líneas abajo. Teniendo en cuenta la regla del art. 155, es más que clara la intención del legislador de no permitir ningún tipo de contravención a sus disposiciones, siendo que la explicación de esta norma, existiendo tantas codificaciones anteriores que disponen exactamente lo opuesto (“no hay nulidad sin conminación expresa” o el modelo de las formalidades esenciales acogido por el *Codice parmense*), residiría en que el modelo francés tuvo apenas una influencia parcial en el *Codice pontificio* de 1817 y, por tanto, en el *Regolamento gregoriano*, quedando residuos el viejo procedimiento canónico, de por sí bastante formulista¹¹¹.

105 TARUFFO, Michele. *Ob. cit.*, p. 105, abarcando en este juicio crítico, también, el *Codice estense* de 1852.

106 “154. Ancorchè un atto sia nullo, rimangono fermi gli atti precedenti, ed i consecutivi indipendenti dall’atto annullato”; “155. L’atto nullo può essere rinovato, se non sia trascorso il termine perentorio per farlo”; “156. Anche nei casi in cui la legge dichiara incorsa la nullità di pieno diritto, è necessaria una sentenza, la quale pronuncii che la nullità esiste”; “157. Nessuno può opporre una nullità di forma, a cui egli, o coloro che hanno agito per lui abbiano dato causa”.

107 TARUFFO, Michele. *Ob. cit.*, p. 83.

108 La edición utilizada es la siguiente: *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili emanato dalla S. M. di Gregorio XVI il 10 novembre 1834*. Bolofia: Vitali, 1862.

109 Cfr. TARUFFO, Michele. *Ob. cit.*, p. 86.

110 En rigor, apenas se cambia el “ancorchè” por “allorchè” en el § 409, y “nessuno” por “niuno” en el § 410.

111 Sobre la influencia parcial del modelo francés y la subsistencia del residuos del procedimiento canónico, cfr. TARUFFO, Michele. *Ob. cit.*, pp. 86-87.

Es, sin embargo, la regulación sobre la *eccezioni di nullità degli atti giudiziari* (§§ 778 al 795) lo que más llama la atención, no sólo por su contraste total con las demás codificaciones italianas, sino por la sistematicidad que se le imprimió a una regulación muy propia del derecho común. En efecto, el § 778 establece un plazo preclusivo de tres días para la alegación de las nulidades de forma, tras los cuales éste no será admisible. Como señalé, esta regla complementa a la regla del § 408, debiéndose entender que estas nulidades de forma quedan saneadas. A pesar de ello, no deja de ser muy riguroso que la nulidad sea la consecuencia a la contravención de cualquier disposición del *Regolamento gregoriano*.

A la par de las nulidades formales, el § 779 establece que las nulidades sustanciales no tienen plazo preclusivo, por lo que siempre podrán alegarse, salvo que sean redimidas (*rimesse*) o sanadas. ¿Y cuáles son estas nulidades sustanciales? Aquí es donde viene una detallada y sistemática regulación de las nulidades *insanabili* que trascendían a la cosa juzgada y que vimos algunas páginas atrás (*supra*, n. 3.2), es decir, de la falta de citación, de jurisdicción y de mandato de representación (§ 780, 1, 2 y 3), luego se detalla cuándo existe falta de cada uno de esos elementos (§§ 781, 782 y 783) y cómo pueden sanearse (§§ 784, 785 y 787) y posteriormente se regulan algunas reglas sobre la competencia judicial para resolver el pedido de nulidad sustancial (§§ 788 y ss.).

4.5.2. Sigue. Los Códigos sardos de 1854 y 1859

En el caso de los Estados Sardos (que en 1859 comprendían la regiones de Piamonte y Cerdeña, antes de la progresiva anexión de los otros reinos y ducados italianos) se experimentó un “netto ritorno all’antico, con il recupero della legislazione settecentesca – destinata inoltre ad aver vigore per tutta la prima metà dell’800”¹¹², puesto que el rey VÍCTOR MANUEL II, en 1814, abolió toda la legislación francesa y restauró la vigencia de las *Costituzioni* de 1770, que consistían en una consolidación de la vieja disciplina del derecho común. Sólo después de muchos años de discusiones y debates, mientras la justicia civil se venía regulando con normas dispersas, el Reino de Cerdeña tuvo finalmente su código en 1854, con vigencia a partir del 1º de abril de 1855¹¹³.

El *Codice di Procedura Civile* de 1854 para los Estados Sardos¹¹⁴ tuvo influencia de las legislaciones italianas y suizas precedentes, que, a su vez, siguieron con particularidades del modelo francés, aunque, como afirma TARUFFO, lo relevante no es determinar puntualmente cuáles y en qué medida fueron las influencias del primer Código sardo, sino el hecho que efectivamente se mantuvo en la tendencia del *Code* de 1806¹¹⁵.

No obstante ello, TARUFFO es particularmente crítico con ambos códigos, demostrando que, tras recibir la influencia francesa, las innovaciones que se hicieron fueron para peor, formalizando más el procedimiento, exacerbando el principio de escritura, conservando diversas pruebas legales, etc¹¹⁶. Inclusive hace mención expresa sobre la regulación de la nulidad, la cual considera “técnicamente apprezzabile ma tale da accentuare eccessivamente il formalismo degli atti, e da disseminare l’intero procedimento di occasioni per precludere o travolgere –appunto sulla base di nullità formale– l’esame del mérito”¹¹⁷.

Concretamente en el tema de la nulidad se encuentra una redacción técnicamente más perfeccionada que su fuente de inspiración francesa. Por ello, y por constituir antecedente directo, junto al Código de 1859, del *Codice di Procedura Civile* de 1865, una vez que los reinos italianos se reunificasen en torno a VÍCTOR MANUEL II, ciertamente vale la pena detenerse un tanto aquí.

El Código de 1854, en su art. 256, además de consagrar, en el primer párrafo, la consabida regla de sanación de la nulidad de la citación si no se deduce antes de cualquier otra excepción o defensa del mérito, el segundo párrafo señala lo siguiente: “Quelle [las nulidades] degli atti di procedura posteriori si avranno per coperte, se non sono specificamente proposte nello scritto immediatamente successivo a quello impugnato, dove sianvi deliberazioni di merito”. Aquí, evidentemente, se recogen las precisiones hechas por la doctrina francesa, en el sentido que la *ratio* del art. 173 del *Code*, aunque se refiera expresamente al acto de citación, también debe entenderse aplicable a los actos del procedimiento posteriores a ésta.

Asimismo, el título final “*disposizioni generali*”, exactamente como lo hace el *Code* y la inmensa mayoría de las codificaciones italianas pre-unitarias (y también, por cierto, el *Codice* de 1865 y de 1940), dedica algunas reglas sobre la nulidad. En efecto, el art. 1120, en la línea del art. 1029 del *Code*, indica que “le nullità, le pene pecuniarie e le decadenze stabilite dal presente Codice non sono soltanto comminatorie ma effettive”. Luego en los arts. 1121, 1223 y 1224 encontramos disposiciones inspiradas claramente en el *Codice parmense* de 1820¹¹⁸.

El art. 1122 del Código de 1854 conserva el espíritu del art. 1030 del *Code* en su primer párrafo (“Non potrà dichiararsi nullo alcun atto di citazione od altro atto di procedura se la Legge non ne pronuncia formalmente la nullità”) y, asimismo, en su segundo párrafo, consagra la regla contenida en el art. 153 del *Codice parmense* de 1820, a mi criterio, con una mejor redacción que éste, siendo que dicha regla será determinante en el sistema de nulidades moldeado en el *Codice di procedura civile* de 1865. Este es el texto de la referida disposición: “Potranno

112 *Ibidem*, p. 93.

113 *Ibidem*, pp. 93-95.

114 La edición que hemos consultado es la siguiente: *Codice di procedura civile per gli Stati sardi*. Turin: Tipografia del Progresso, 1854.

115 TARUFFO, Michele. *Ob. cit.*, p. 96, tal como lo demuestra en las páginas sucesivas.

116 *Ibidem*, pp. 96 y ss.

117 *Ibidem*, p. 99.

118 Art. 1121. “Ancorché un atto sia nullo, rimangono fermi gli atti precedenti ed i consecutivi indipendenti dal medesimo – L’atto nullo può essere rinnovato se non è trascorso il termine perentorio per farlo”. Art. 1123. “La violazione od omissione di formalità dalla Legge stabilite nell’interesse di una sola delle Parti non potrà essere opposta dall’altra Parte”. Art. 1124. “nessuno può opporre una nullità di forma a cui egli o chi ha agito per lui abbia dato causa”.

tuttavia annullarsi quegli atti che mancano delle forme che ne costituiscono l'essenza". Por una cuestión de orden en la exposición, desarrollaré este importante punto al hablar del Código sardo de 1859 a continuación¹¹⁹⁻¹²⁰.

En lo que se refiere a la regulación de las nulidades en las "disposizioni generali", el art. 1156 del texto de 1859 consagra el mismo espíritu que el art. 1029 y que el art. 1120 del Código de 1854, aunque con diferente redacción¹²¹, mientras que el art. 1157 es idéntico al art. 1121, al igual que el art. 1159 frente al art. 1123. El art. 1160 consagra lo mismo que el art. 1124 (es decir, la prohibición de pedir la nulidad si el peticionante causó el vicio), pero con diferente redacción: "Nessuno può opporre la nullità di forma a cui egli stesso, o chi agiva per lui, abbia dato causa od a cui abbia prestato acquiescenza con esecuzione attiva od anche passiva senza riserva o contraddizione".

Como ya se observó, el art. 1122 del Código de 1854, por influencia del art. 153 del *Codice parmense*, trajo consigo la consagración expresa de la distinción entre elementos esenciales y accidentales, determinante para la decretación de nulidad. Este texto fue recogido en el art. 1158 del Código de 1859, agregando un tercer párrafo:

"Non potrà dichiararsi nullo alcun atto di citazione od altro atto di procedura se la legge non ne pronuncia formalmente la nullità. – Potranno tuttavia annullarsi gli atti che mancano degli elementi che ne costituiscono l'essenza. – Non potrà pronunziarsi la nullità o la decadenza se non vi è istanza d'una delle parti, a meno che la legge espressamente dichiari che debba essere pronunciata d'ufficio" (cursivas agregadas).

La referencia a la esencia del acto es precisamente lo que la doctrina francesa advirtió sobre *formalidades esenciales y formalidades accidentales*, en donde a pesar de que no exista texto expreso en la ley, la violación de las primeras siempre acarrea nulidad, considerándose jurídicamente inexistentes¹²².

Al respecto, y sin perjuicio de tocar el tema con mayor detenimiento al hablar del *Codice di Procedura Civile* de la Italia reunificada, según la lección de MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA, si el acto no presenta sus elementos esenciales, entonces tiene una naturaleza sustancialmente diversa, es decir, "un atto in cui mancano le condizioni o i mezzi necessari a raggiungere lo scopo al quale sia predisposto ed ordinato dal legislatore, difetta della forma essenziale"¹²³. Por su parte, las formalidades accidentales están destinadas a darle

una mayor regularidad al acto, sin ser, evidentemente, elementos necesarios a su virtud intrínseca, por lo que "la loro omessione quinti non toglie agli atti, in cui dovrebbero trovarsi, la efficacia di raggiungere lo scopo che si propongono e di offerire bastevole garentia a' diritti altrui; per conseguenza questi atti sarebber validi, logicamente considerati"¹²⁴, salvo que el legislador las considere lo suficientemente importantes para asignarles la nulidad como consecuencia de su inobservancia.

En el párrafo precedente, intencionalmente he citado dos pasajes en donde se habla expresamente del logro de la finalidad ("*raggiungimento dello scopo*"), que tiene incidencia en dos ámbitos: i) no se puede dar si falta una forma esencial; ii) no se afecta si faltase una forma accidental no conminada con nulidad en la ley. No obstante, a pesar de que se le da una notable importancia a que el acto pueda lograr la finalidad que el legislador le asigna, aún estamos lejos del modelo de la finalidad que caracteriza al *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940 y a otros códigos contemporáneos como el peruano, precisamente porque la finalidad, en la doctrina de las formalidades esenciales y accidentales, no es el criterio fundamental para la decretación de nulidades por estar subyugada, de un lado, a la existencia o no de los elementos sustanciales del acto (cuya presencia es la que determina el logro de la finalidad) y, de otro, a la conminación expresa cuando se trata de formalidades accidentales.

4.5.3. El *Codice di Procedura Civile* de 1865 y la consagración definitiva de la distinción entre formalidades esenciales y accidentales como criterio para la producción de nulidades

Al igual que sus predecesores, el *Codice di Procedura Civile* de 1865 adoptó un esquema, estructura y espíritu similar al *Code*, y no sólo por la influencia política que ya he referido, sino también porque su autor, Giuseppe PISANELLI, ministro de justicia de VÍCTOR MANUEL II, era un profundo admirador de la doctrina francesa y, como napolitano, se había formado con ella. Siendo ello así, no es ninguna novedad decir que el *Codice* le haya dedicado a la nulidad diversos arts. ubicados en dos secciones de su cuerpo legislativo: en donde trata sobre las "eccezioni" y en las "disposizioni generali". No obstante, vale decirlo, al igual que el *Codice parmense*, el *Codice* mejoró la sistematización y colocó las *disposizioni generali* al inicio y no al final del texto legislativo¹²⁵.

Y precisamente en esta parte, entre los arts. 56 y 58, se encuentra una regulación muy similar a la del Código

119 La edición que consultamos es la siguiente: *Codice di procedura civile per gli Stati sardi di S. M. il Re di Sardegna, pubblicato in conformità del Reale Decreto 20 novembre 1859*. Milán: Tipi di Luigi di Giacomo Pirola, 1859.

120 Por un tema de espacio no desarrollaré la regulación sobre la *eccezione di nullità* plasmada en el art. 273 del Código de 1859; no obstante, es posible decir que permitió cualquier alegación de nulidad a lo largo del procedimiento siempre que pueda tener "influencia sobre la causa", disposición que fue muy criticada por MANCINI, Pasquale Stanislao; PISANELLI, Giuseppe y SCIALOJA, Antonio. *Commentario al Codice di Procedura Civile per gli Stati Sardi con la comparazione degli altri Codici italiani, e delle principali legislazioni straniere*, vol. II. Turin: Stamperia dell'Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1855, pp. 498-499 (el volumen citado de la obra fue escrito íntegramente por MANCINI), por promover la arbitrariedad y la incerteza.

121 "Le nullità, le decadenze, le pene pecuniarie stabilite dal presente Codice sono indeclinabili; il giudice non ha autorità di modificarle e non può astenersi dal pronunciarle".

122 Cfr., MANCINI, Pasquale Stanislao; PISANELLI, Giuseppe y SCIALOJA, Antonio. *Commentario*, vol. I, parte II. *Ob. cit.*, p. 16; MANCINI, Pasquale Stanislao; PISANELLI, Giuseppe y SCIALOJA, Antonio. *Commentario*, vol. II. *Ob. cit.*, pp. 135-136. Al respecto, es interesante la crítica que estos autores le hacen al texto de este art., concretamente en la palabra "potranno", que significaría una facultad otorgada al juez de imponer o no la nulidad en caso falte algún elemento esencial del acto. No obstante, estos autores consideran que "riputare come valido un atto privo di ciò che costituisce la sua essenza, sarebbe lo stesso che dar corpo e figura a ciò che non esiste nè può esistere, sarebbe elevare a dignità d'essere el nulla" (*Commentario*, vol. I, parte II. *Ob. cit.*, p. 17).

123 *Idem*.

124 MANCINI, Pasquale Stanislao; PISANELLI, Giuseppe y SCIALOJA, Antonio. *Commentario*, vol. I, parte II. *Ob. cit.*, pp. 15-16 (cursivas agregadas).

125 La edición del *Codice* que hemos consultado es la siguiente: *Codice di procedura civile del regno d'Italia*. Turin: Stamperia Reale, 1865.

de 1859 y, por consiguiente, a la del Código de 1854. En efecto, el art. 56 del *Codice* varía apenas en detalles nimios frente a la redacción del art. 1158 del Código de 1859 (comparar con los textos citados anteriormente):

“Non può pronunziarsi la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge. – Possono tuttavia annullarsi gli atti che manchino degli *elementi* che ne costituiscono l’essenza. – Non può pronunziarsi la nullità o la decadenza se non vi si istanza d’una delle parti, salvo che la legge dichiarar che debbano essere pronunziate d’ufficio” (cursivas agregadas).

Por su parte, el art. 57 subsume, con ligeras variantes, los arts. 1223 y 1224 del Código de 1854, que se corresponden, como hemos dicho, con los arts. 1159 y 1160 del Código de 1859, pero en cuanto a la prohibición de pedir la nulidad si el peticionante le dio causa, adopta una redacción más cercana al primero de los textos¹²⁶, en tanto que el art. 58 adopta una redacción muy similar al art. 1121 del Código de 1854, que a su vez es idéntico al art. 1157 del Código de 1857¹²⁷. Por su parte, la regulación sobre la *eccezione di nullità* en el *Codice* se encuentra en los arts. 190, 191 y 192 y no trae mayores novedades respecto de lo regulado en el art. 253 del Código de 1859¹²⁸.

Sin embargo, volviendo quizá al punto más importante de lo que identifiqué como “tercera fase de la evolución histórica de la función de la nulidad”, es la distinción elaborada por la doctrina francesa entre formas *sustanciales* y *accidentales*, ahora consagrada en el *Codice* –a diferencia de toda la legislación precedente bajo la terminología “*elementi*”–, lo que debe llamar aún más la atención, y a lo cual me limitaré en la sucesiva exposición sobre el *Codice* teniendo en cuenta el objetivo del presente ensayo.

Queda fuera de dudas que es la doctrina francesa, precursora de la distinción entre los elementos sustanciales y accidentales del acto, la que PISANELLI, al momento de redactar su *Relazione*, considera más idónea para sostener el régimen de nulidades procesales (aunque allí habla de “formas” y no de “elementos”). En efecto, según el padre del *Codice*:

“(…) l’essenza degli atti di procedura como di ogni altro atto, si determina dalla loro natura e destinazione. Un atto in cui mancano gli *elementi*, senza dei quali degenera in una natura sostanzialmente diversa, o mancano le *condizioni*, ossia i *mezzi necessari* a

raggiungere lo scopo, ai quale sia predisposto ed ordinato dalla legge, difetta della *forma essenziale*. Può dirsi che esso, piuttosto che annullabile, sia nullo e giuridicamente inesistente”¹²⁹.

En consecuencia, los elementos esenciales del acto equivalen a sus elementos de existencia, es decir, aquellos que deben confluír para que el acto exista, si éstos no se presentan, alteran su sustancia al punto tal de no ser ese mismo acto y, consecuentemente, no producen los efectos para los cuales estaba destinado. Por tanto, se justifica que sea anulado sin que interese la declaración expresa de la ley¹³⁰.

Resulta relevante –aunque no novedoso teniendo en cuenta los pasajes ya citados del *Commentario del Codice per gli Stati Sardi*–, encontrar que PISANELLI ya habla de la finalidad (*scopo*) del acto, pero tampoco en su *Relazione* se aprecia con claridad el criterio, firmemente presente en diversos códigos contemporáneos, que inspira el modelo de la finalidad, en donde el cumplimiento de ésta es el criterio *sine qua non* para sanar o invalidar el acto viciado.

PISANELLI también advierte la existencia de las formas accidentales, es decir, garantías accesorias tendentes a “impedire errori e pericoli funesti per gli interessi dei cittadini” y las concibe en el sentido de “che non sono propriamente richieste per dare esistenza all’atto come costitutive della sua *essenza*, ma sono opportune per circondarlo di maggiore sicurezza, per meglio garantire il conseguimento del fine, a cui è destinato”¹³¹. Las formas accidentales, por tanto, según este autor, coadyuvan a que el acto logre su finalidad, es una característica propia de éstas, y no son capaces de producir una nulidad en el acto, salvo cuando la ley así lo declare¹³².

Después de este breve recorrido por los códigos italianos del siglo XIX, pueden extraerse valiosas conclusiones en la materia que nos incumbe: dichas legislaciones (o la gran mayoría de ellas) tomaron por molde el *Code*, asimilaron lo más rescatable de la doctrina francesa –empeñada por darle el mejor sentido posible a las frías normas del texto de 1806– y, en materia de nulidad (es importante limitar el juicio histórico a este punto), perfeccionaron la técnica legislativa francesa, consagrando una serie de reglas que, contemplándolas como un sistema, tienen por fin impedir la producción de la nulidad. Esto no difiere en nada de la *función* de las reglas y principios de la nulidad que se pueden encontrar en cualquier legislación procesal contemporánea, las cuales precisamente están destinadas a preservar el

126 Art. 57. “La violazione o omissione delle formalità dalla legge stabilite nell’interesse di una delle parti non può essere opposta dall’altra. –La parte non può opporre la nullità di forma quando essa, o chi agisce per essa, vi abbia dato causa, o quando vi abbia espressamente o táticamente rinunziato”.

127 Art. 58. “La nullità di un atto non importa la nullità degli atti precedenti e dei consecutivi indipendenti dal medesimo. – L’atto nullo non può essere rinnovato, scaduto il termine perentorio per farlo, salvo i casi determinati dalla legge”.

128 “190. Le nullità degli atti di citazione sono sanate colla comparizione del citato, senza pregiudizio dei diritti quesiti anteriormente alla comparizione, salvo il disposto del capoverso dell’articolo 145. – Il contumace può nel giudizio di opposizione o di appello impugnare per nullità la citazione che precedette la sentenza contumaciale, ma deve farlo prima di ogni altra difesa, salvo la declinatoria del foro”.

“191. Le nullità degli atti di procedura posteriori alla citazione sono sanate, se non siano proposte specificatamente nella comparsa successiva all’atto che si vuole impugnare”.

“192. Per la dichiarazione di nullità degli atti le parti si provvedono nel modo stabilito per gli incidenti. – Quando la parte, che avrebbe diritto di opporre la nullità, sia contumace, la nullità deve essere pronunziata d’ufficio”.

129 PISANELLI, Giuseppe. “Relazione ministeriale sul primo libro del progetto di Codice di Procedura Civile presentato in iniziativa al Senato, dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli)”. En: PICARDI, Nicola y GIULIANI, Alessandro (a cura di). *Testi e documenti per la storia del proceso*, XIII. *Codice di procedura civile del regno d’Italia*. Milán: Giuffrè, 2004, p. 23.

130 Aquí es interesante constatar, como certifica PONTES DE MIRANDA, que el art. 673 del Reglamento n. 737 (del 25 de noviembre de 1850), antecesor del Código de Proceso Civil brasileño de 1939, consagraba la distinción entre *actos esenciales* y *actos no esenciales* o *accidentales* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III (arts. 154-281). Rio de Janeiro: Forense, 1974, pp. 62-63).

131 PISANELLI, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 24.

132 *Ibidem*, p. 25.

acto final, con el objetivo de que a éste no lleguen las eventuales impuridades que puedan presentarse en el *iter* procesal. En esto debe consistir un régimen de nulidades procesales.

La técnica con la que deben redactarse las normas, en este momento histórico donde nos encontramos, es irrelevante para esbozar la siguiente conclusión: que en el siglo XIX ya existía una verdadera conciencia –no sólo en la letra de la ley– respecto a los terribles males que podía producir una nulidad y el mal uso que las partes podían darle. Por ello es que las formas deben flexibilizarse al punto tal de permitir violaciones a la forma de los actos procesales que puedan sanearse.

No obstante, más allá del concreto tratamiento legislativo, ¿cómo fue recibida y trabajada esta famosa distinción entre formalidades esenciales y accidentales por la principal doctrina italiana del período en que estuvo vigente el *Codice* de 1865? Como examinaré a continuación, fue asumida de las más diversas maneras.

4.5.4. Sigue. Su recepción en la doctrina anterior al *Codice* de 1940

Luigi MATTIROLO, en su célebre *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, critica el sistema “*quidquid fit contra legem nullum est*”, en donde cualquier contravención a la ley tiene a la nulidad con consecuencia; el sistema de la “*suspiciōe legale*”, en donde se presume la mala fe en la violación de la formalidad legal del acto; el sistema del “*pregiudizio*”, en el cual faltando disposición expresa del legislador habría violación a la ley si existiera perjuicio en la parte que los impugna; y el sistema en el cual solamente existe nulidad en los casos en que el legislador expresamente lo disponga así¹³³.

MATTIROLO se muestra totalmente favorable al sistema adoptado por el *Codice*, calificándolo como un sistema más racional¹³⁴, exalta que el legislador italiano haya dedicado disposiciones en se conmina la nulidad que señalen, expresamente, si la formalidad es reputa como esencial¹³⁵ y, finalmente, admite que cuando no hay conminación de nulidad, “*il giudice non si limita a constatare la mancanza della formalità, deve ancora esaminare se tale formalità sia essenziale o solo accidentale; in questo esame il suo ufficio è attivo, e, a seconda dei casi, potrà ritenere che la formalità violata od omessa è o non essenziale per sè stessa e in relazione all’indole speciale dell’atto; ma quando abbia riconosciuto che la formalità era essenziale egli deve (e non solo può) pronunziare la nullità dell’atto*”¹³⁶. De esta manera, MATTIROLO admite la libertad del juez para determinar la *naturalità* de la formalidad violada.

Otro jurista de gran importancia en esta época fue Francesco RICCI, cuyo trabajo de renombre, sin duda alguna, es su *Commento al Codice di Procedura Civile italiano* de 1905. No obstante, si bien este autor le dedica un capítulo de varias páginas a la *eccezione di nullità*¹³⁷, más adelante, habla sobre algunas reglas de sanación de la nulidad¹³⁸, no desarrolla en ninguna parte de su obra el art. 56 del *Codice*.

No ocurre así con Lodovico MORTARA y su brillante *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile* (publicado en fascículos desde 1897) ya citado por nosotros. Allí acepta la distinción de los elementos de un acto judicial entre sustanciales y accidentales; sin embargo, se muestra en desacuerdo cómo PISANELLI, en la *Relazione*, identifica las formalidades accidentales. En efecto, para MORTARA, éstas no pueden consistir en “*accessorie garanzie e precauzioni*” si buscan impedir “*errori e pericoli funesti*”, pues esto debería corresponder a los elementos esenciales o sustanciales¹³⁹. Por tanto, dice que por *elementi accidentali* no debe entenderse otra cosa que formas no indispensables, cuya violación no conduce a errores o peligros funestos¹⁴⁰. Asimismo, MORTARA es claro en afirmar la existencia de un poder discrecional del juez de examinar la finalidad y los requisitos necesarios de cada acto a fin de provocar o no la anulación de éste¹⁴¹, destacando –y con esto anticipándose al modelo de la finalidad recogido por el *Codice* de 1940– que “*impperchè qualora la finalit  effettiva fosse stata sufficientemente raggiunta, e quindi nessun danno fosse derivato per l’altra parte litigante, la difesa della quale non avesse sofferto veruno impedimento, non sarebbevi ragione di giustizia n  di opportunit  per l’annullamento*”¹⁴².

En sus *Principii di diritto processuale civile* (cuya primera edición data de 1906), después de afirmar que la regla del art. 56 del *Codice* es un término medio entre el art. 1030 del *Code* y el § 408 del *Regolamento gregoriano*, Giuseppe CHIOVENDA es particularmente crítico con la opción tomada por la legislación italiana de 1865. En efecto, dice que “*la determinación de la esencialidad o accidentalidad de una forma, déjase [sic] al juez; y es muy difícil, porque frecuentemente la esencia de un acto puede comprender un elemento o no comprenderlo, según como lo haya considerado el legislador; y la investigación de esta voluntad es fácilmente empírica o subjetiva*”¹⁴³. Asimismo, afirma que “*la naturaleza y el destino de un acto de procedimiento no bastan para determinar su esencia; de otro modo, se llegaría muy fácilmente a encontrar equivalentes las formas de procedimiento*”¹⁴⁴, y que la adaptación de las formas a la sustancia “*abren con frecuencia el camino, a través del sentimiento subjetivo de la justicia, profesado por cada intérprete, a las pasiones y a la arbitrariedad*”¹⁴⁵.

133 MATTIROLO, Luigi. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. II, 5a ed. enteramente revisada y ampliada por el autor. Turin: Fratelli Bocca Editori, 1902, pp. 176-180.

134 *Ibidem*, p. 180.

135 *Ibidem*, pp. 182-183.

136 *Ibidem*, p. 184.

137 RICCI, Francesco. *Commento al Codice di Procedura Civile italiano*, vol. I. Del compromesso, della competenza e del modo di procedere nei giudizi, 8a ed. sobre la séptima aumentada y mejorada al cuidado de Nazareno Alessandrini. Florencia: Fratelli Camelli, 1905, pp. 356-368.

138 *Ibidem*, pp. 404-405.

139 *Commentario*, vol. I. Ob. cit., pp. 811-812.

140 *Ibidem*, p. 812.

141 *Ibidem*, p. 814.

142 *Ibidem*, *idem*.

143 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios*, vol. II. Ob. cit., p. 113.

144 *Ibidem*, *idem*.

145 *Ibidem*, p. 114. Idéntico texto al de los *Principii* se encuentra en su gran obra posterior, las *Istituzioni di diritto processuale civile*: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, trad. J. Guimarães Menegale de la 2ª ed. italiana acompañada de notas por Enrico Tullio Liebman, 3ª ed. con una introducción de Alfredo Buzaid. São Paulo: Saraiva, 1969, pp. 3-8.

Entre 1922 y 1939, Francesco CARNELUTTI escribió su famosísima obra *Sistema di diritto processuale civile*, como una tentativa de construir un sistema conceptual científicamente perfecto, lleno de términos técnicos nuevos. Sin embargo, la diferenciación hecha por el art. 56 del *Codice* de 1865, vigente al momento de la publicación del *Sistema*, influyó decididamente su teoría de la nulidad procesal, pues dice que “no todos los requisitos de un acto presentan la misma importancia; es posible, por tanto, distinguir entre ellos conforme sean *necessarios* o, simplemente, *útiles* y establecer la nulidad apenas como consecuencia de la omisión de los primeros, mas no de la de los segundos”¹⁴⁶; no obstante, en la edición de sus *Istituzioni di diritto processuale civile*, habiendo sido promulgado el nuevo *Codice*, trata de adecuar su propuesta al nuevo sistema, resultado en un abandono parcial de la diferenciación entre formalidades esenciales y accidentales. En efecto, CARNELUTTI diferencia los vicios previstos bajo pena de nulidad de los vicios esenciales, identificando estos últimos con los requisitos indispensables para la obtención de la finalidad del acto (art. 156), complejizando aún más su exposición al hablar de vicios esenciales sanables e insanables según su posibilidad o imposibilidad de lograr la finalidad, respectivamente¹⁴⁷. Sea como fuere, no hay ningún rastro del concepto “requisitos útiles” que utilizó en su *Sistema*.

Al final de este ítem se encuentra Enrico REDENTI, quien en su *Profili pratici del diritto processuale civile* consideraba el tema de la nulidad muchísimo más complejo a cómo el legislador de 1865 lo había tratado en el art. 56. En esa obra, con gran criterio, REDENTI advirtió que debía distinguirse la inexistencia (o ineficacia procesal) de la nulidad (o invalidez), en tanto que la primera presupone la falta de ciertos requisitos que impiden totalmente la producción de efectos del acto, mientras que de la segunda se debe hablar cuando el acto, si bien carente de ciertos requisitos, produce efectos que pueden ser excluidos mediante un pronunciamiento anuladorio del juez¹⁴⁸. Asimismo, dado que no se puede establecer con una fórmula general cuáles requisitos versan sobre la existencia y cuáles sobre la validez, es necesario realizar un examen caso por caso. Tras esta exposición, REDENTI critica el mencionado dispositivo en el sentido que en donde dice “non può pronunziarsi la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge” se vincula a las nulidades de término o forma; mientras que el enunciado “possono tuttavia annullarsi gli atti, che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza” comprendería los requisitos sustanciales del acto, no diciendo nada sobre la hipótesis de inexistencia, debiendo razonarse con base en la analogía y en principios generales¹⁴⁹.

5. A modo de conclusión. Cuarta fase: Superación de la dictadura de la forma y el privilegio del logro de la finalidad del acto: ¿fin del camino?

Con el *Codice* de 1865 decidí cerrar lo denominé “fase de progresiva flexibilización de las formas” como tercer

eslabón de la evolución histórica de la función de la nulidad en el proceso civil. Y es que la relación entre forma y nulidad es tan estrecha que una relajación de aquella implica, irremediamente, una concepción menos rigurosa de ésta, como se ha demostrado hasta ahora. No obstante, es preciso recalcar una vez más que hasta la primera ley procesal civil de la Italia unificada no existía la conciencia plena de privilegiar, como criterio-base del sistema, el logro de la finalidad frente a la realización del acto procesal de manera distinta a lo dispuesto por la ley.

En efecto, ya se hablaba del logro de la finalidad apenas para caracterizar las formalidades *esenciales* y *accidentales*, mas no como un mecanismo de convalidación del acto viciado. Este criterio sólo tuvo su origen legislativo en el *Codice di procedura civile* italiano de 1940, el cual propuso una fórmula que, de una u otra manera, influyó decisivamente en diversos códigos, especialmente los latinoamericanos. El texto adoptado por el *Codice* –que, por cierto, aún está íntegramente vigente– es como sigue: “La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato” (art. 156, *comma* 3).

Como puede apreciarse, esta norma impide la producción de la nulidad si el acto logró su finalidad, y viene precedida de la clásica regla de que no pueden declararse nulidades que no estén previstas en la ley (art. 156, *comma* 1); y, a continuación, viene una disposición nueva, que no se encontraba contemplada en ningún código del siglo XIX, la cual permite la producción de una nulidad si el acto carece de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. En efecto, el *Codice* de 1940, en su art. 156, *comma* 2, dispone que “può tuttavia essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo”. La correcta conjugación de estas reglas da como resultado la primacía del *comma* 3 por sobre el *comma* 1, es decir, no interesa si existe o no conminación expresa o no: si el acto logra su finalidad no hay nulidad¹⁵⁰. Este es precisamente el *modelo de finalidad*.

Este modelo, por influencia directa o indirecta del *Codice*, se encuentra presente en diversos ordenamientos –principalmente latinoamericanos–, los cuales pueden no presentar exactamente las tres reglas del art. 156 del *Codice* ni adaptar una redacción similar, pero ciertamente consagran el logro finalidad del acto como elemento determinante para la producción de nulidades. En efecto, esto se aprecia en el art. 144 del Código de Procedimiento Civil colombiano (1970)¹⁵¹, art. 169 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino (1973), art. 244 del Código de Proceso Civil brasileño (1973), art. 206 del Código de Procedimiento Civil venezolano (1985), art. 111 del Código Procesal Civil paraguayo (1985), art. 110 del

146 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. III, trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, p. 682.

147 CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de direito processual civil*, v. I, trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, pp. 585 y 589-591.

148 REDENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*, 2ª ed. revisada con apéndice. Milán: Giuffrè, 1939, pp. 518-519.

149 *Ibidem*, p. 520. Cabe resaltar que exactamente la misma crítica le dirige al *Codice* de 1940 en una obra posterior: *Diritto processuale civile, I. Nozioni e regole generali*, reimpresión de la 2ª ed. revisada y actualizada con un nuevo apéndice sobre el control de legitimidad de las leyes. Milán: Giuffrè, 1957, pp. 226-227.

150 Como sugiere MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*, vol. primero. Teoría e disposizioni generali. Padua: Cedam, 1994, p. 301.

151 El CPC colombiano decididamente tiene una regulación distinta a sus pares latinoamericanos, pues contiene una lista taxativa de las causales de nulidad del proceso y, por su parte, el logro de la finalidad viene a ser un modo (y no “el modo”) de curación de los vicios.

Código General del Proceso uruguayo (1988), arts. 194 y 195 del Código Procesal Civil de Costa Rica (1989) y el art. 171 del Código Procesal Civil peruano (1993).

Como puede verse, a nivel legislativo y, por consiguiente, también en la doctrina, cobró una gran importancia la figura de la *finalidad del acto procesal*. Es posible decir que, actualmente, la función de la nulidad está imbuida por la figura de la "obtención de la finalidad del acto". No obstante, esto no quiere decir que sea un estado definitivo o insuperable ni que sea la fórmula *non plus ultra* para construir el modelo ideal de nulidades procesales en materia civil. De hecho, hay importantes códigos procesales que, ciertamente, poseen un sistema diferente y que abordan la extrema complejidad de la nulidad desde otra perspectiva, quizá mucho más detallada y puntual, que ciertamente merece un riguroso análisis comparatístico. Me refiero principalmente al *Código de Processo Civil* portugués, al *Nouveau Code de Procédure Civile* francés y al Código de Procedimiento Civil colombiano.

Last but not least, considero que el *modelo de la finalidad*, basado precisamente en el logro de la finalidad como

elemento determinante para la producción de nulidades como aparece plasmado en el *Codice* de 1940, aparece recogida defectuosamente en diversos ordenamientos, como el peruano, en donde aparentemente se condiciona el logro de la finalidad sólo a los casos de nulidades conminadas¹⁵². Pero no sólo eso: después de profundas reflexiones, tengo la convicción de que el propio modelo sustentado en la finalidad como criterio-base de todo el sistema no es ni puede ser autosuficiente, pues crea diversos problemas al momento de aplicar e interpretar las normas por los jueces por ser tan abstracto, y no llega a lograr la coherencia que todo régimen de nulidades procesales necesita para cumplir su función, cual es evitar *eficazmente* la producción de nulidades. Con esto no pretendo decir que el logro de la finalidad no sea un criterio adecuado para evitar las nulidades; por el contrario, es uno muy útil, *pero debe ser concebido como norma de cierre del sistema, y no como pilar de éste*.

No obstante, no es éste el lugar para demostrar esta hipótesis; espero poder hacerlo en un trabajo posterior abocado totalmente al tema ☒

152 Art. 171. Principio de legalidad y trascendencia de la nulidad.

"(...)

Cuando la ley no prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito.