

BERIZONCE, Roberto Omar. *La nulidad en el proceso.* La Plata, 1967. 150 pp.

De la inagotable cantera argentina, un joven procesalista (menos de treinta años de edad), integrante de la comisión para la reforma de la legislación procesal en la Provincia de Buenos Aires, a escasos cinco años de haber terminado su carrera viene a presentar un estudio sobre el perenne tema de la nulidad.

En lo procesal estricto, la nulidad se enlaza con esas condiciones que son el requisito de la regularidad de la serie; pero el actor comienza destacando la importancia de la doctrina sobre la naturaleza procesal (capítulo I), para seguir con la imperfección procesal (nulidad “lato sensu”, capítulo II), las formas procesales (capítulo III), el quebrantamiento de las formas del proceso (capítulo IV), las nulidades procesales (capítulo V), presupuestos de la nulidad procesal (capítulo VI), caracteres de la nulidad procesal (capítulo VII), subsanación de los vicios (capítulo VIII), efectos de la declaración de nulidad (capítulo IX), y medios de impugnación (capítulo X), más un apéndice y un índice alfabético.

Como expresa el prologuista (Augusto Mario Morello), el tema de la nulidad procesal en la literatura rioplatense cuenta con múltiples contribuciones de calidad, como fueron las de Lascano, Couture, Podetti, Gelsi Bidart, etc.; pero su compleja problemática no ha sido reducida definitivamente, y nuevas irregularidades han venido a distorsionar los medios técnicos que se empleaban para expurgar el proceso. De ahí la importancia del incidente de nulidad procesal, cuyas condiciones han sido logradas al mismo tiempo que se delimita la esfera del recurso ordinario de nulidad. Una primera gravitación está en la regla que expresa que en el proceso civil, toda nulidad es relativa, lo que implica que si los actos no son impugnados antes de la preclusión, el consentimiento expreso o tácito les da firmeza, a menos que se trate de hipótesis en que la indefensión es total propiciando el recurso. Berizonce brinda una exposición sistemática, orgánica y sintética de la problemática llena de dificultades que comienza con la descripción del acto procesal como el acontecimiento que de cualquier manera influye en la relación procesal, en tanto que los hechos jurídicos son los que recogidos por la norma, generan una consecuencia o la modifican (art. 896, cód. civ.).

Naturalmente, en estas caracterizaciones simplistas existen imprecisiones que no dependen por entero de la concepción del autor, porque han sido tomadas de tratadistas renombrados, como sucede respecto a la clasificación de los actos, debida a Carnelutti ("Sistema", Nos. 394-437), o la expuesta por Goldschmidt que Berizonce hace suya sin mencionar la obra de aquél. De cualquier manera, lo importante está en que Berizonce procede a analizar los elementos del acto (nuevamente con apoyo en la doctrina, pero ahora de Salvat, "Tratado", vol. II, p. 201, Llambías, "Tratado", Parte general, p. 306 y De Gasperi, "Tratado", vol. I, p. 21), clasificándolos en: causa, objeto y voluntad; para referirse después a sus vicios extrínsecos e intrínsecos: incapacidad, error, dolo, violencia y lesión. Sin embargo, en este punto, el autor confunde las condiciones de la relación sustantiva con las del proceso (por ejemplo, al hablar de invalidez del hipotecario porque el juicio se ha iniciado como consecuencia del incumplimiento las obligaciones pactadas por el insano, p. 26), al grado de exigir el mismo tratamiento para el error en lo sustantivo y lo procesal (pero con nueva confusión de relaciones, pues acude al caso de la transacción que, si bien puede celebrarse dentro del proceso, no es acto procesal), sosteniendo que por recaer en la persona, en el objeto o en la causa pueden invocarse por ser de hecho (lógicamente, advierte, la ignorancia o error de derecho no pueden invocarse); pero ninguna de las situaciones que considera son puramente procesales. En cuanto al dolo, la violencia y la lesión, sus argumentos son claramente empíricos y en su tesis se descubre un justificado ataque a la intromisión de la política en la administración de justicia; pero si lo último es un fenómeno que puede agravarse en determinados momentos, no parece que la vía adecuada a combatirlo sea la nulidad, pues no es así como se consigue la independencia de la judicatura (el caso que cita, "Campbell Davidson", aunque doloroso en cualquier país y desgracia frecuente, en primer lugar es muestra de prevaricación y en seguida, se refiere a vicios extraprocesales: expropiación a vil precio que, confirmada por los tribunales, atañe, no a la nulidad de actos procesales, sino del fallo mismo).

En cuanto al fraude y la simulación, como figuras destinadas a cuidar los intereses de terceros, tienen en el proceso la misma importancia de las anteriores, es decir, propician un proceso aparente de contenido inválido. Es por ello que otra vez

Berizonce confunde la nulidad de la pretensión con la del accionar. Así, recordando a Couture, expresa que el proceso fraudulento es un negocio fraudulento realizado con instrumentos procesales; pero sin negar la íntima, estrecha y hasta inseparable relación del negocio sustantivo con el proceso, no puede imputarse al último lo que es del primero, so pena de confundir la nulidad de lo sustantivo con la nulidad de lo procesal. Un proceso regular puede servir a un derecho fraudulento y ello será motivo de la pretensión de nulidad del fallo; pero la autonomía procesal (que no es independencia) exige que el ataque a los actos de la serie dinámica se funde en su irregularidad, no en los vicios del derecho pretendido. En pureza, el tema reviste gran importancia, por lo mismo que descubre una causa de nulidad autónoma: no basta el proceso regular para la eficiencia del fallo; pero esto es motivo de otro juicio: de nulidad. De ahí que Prieto Castro, citado por el autor (p. 34), hable de proceso convencional que tiene un fin lícito con formas inadmisibles, del aparente en que se utilizan fines lícitos sin intención fraudulenta, y el simulado con fines distintos de los naturales del proceso. Si el convencional y el aparente no ocasionan la nulidad pero sí el simulado, es porque éste, sin dejar de ser proceso, alcanza una finalidad ilícita. Que se está en el campo extraprocesal, lo demuestra el hecho de que la doctrina y las leyes citadas por Berizonce se vean en la necesidad de otorgar al juez poderes inquisitorios, especialmente en los casos de fraude a la ley en que falta el legitimado para pretender la nulidad del fallo (divorcio por causales simuladas, reivindicación que sustituye una donación prohibida, etc.). El autor reconoce finalmente que todos sus ejemplos han sido de derecho sustantivo, cuando resume expresando que la anormalidad es por ausencia de litis (p. 38).

La interdependencia de la relación sustantiva con la procesal explica (aunque Berizonce no lo advierte con claridad) el que la doctrina remita la nulidad procesal al aspecto formal y, sin embargo, haga común (o por mejor decir, de ocasión coincidente) la aplicación de los principios civiles en tratándose del error, del dolo, la violencia, la simulación y el fraude. Es admisible una regla que permita el ataque al desarrollo del proceso por un vicio sustantivo (cuando exista un interesado o se autorice al juez obrar oficiosamente); pero aún así no se puede hablar de nulidad procesal, menos aún si esta actividad se estima meramente formal (aunque equivocadamente en el concepto forma, Berizonce incluya condiciones de tiempo, lugar y medios de expresión, p. 45) y, por ende, diversa a la material o sustantiva. El proceso como actividad formal es el tema de la parte central del trabajo de Berizonce, advirtiendo que el nuevo sistema de la regulación o adecuación judicial de las formas es, por ahora, defendible en teoría pero imposible de practicar en Argentina, siendo el de la legalidad el más adecuado a la realidad; el cual puede morigerarse con la aplicación de algunos principios correctores, como el de las nulidades implícitas y el finalista, lográndose un sistema intermedio y conciliatorio en el que dentro de un mínimo de formas se respetara el derecho sustancial y se llevara rápida y económicamente a una sentencia justa, pues si el legislador no puede prever todas las situaciones posibles, es pertinente reservar algunas a los jueces. Más flexible será el proceso cuanto más potestades de regulación se reconozcan al juzgador.

Sobre esta base, Berizonce observa el sistema argentino, tradicionalmente limitador de las potestades judiciales, aunque existen casos de regulación judicial como en la inspección ocular, las medidas para mejor proveer, la apertura a prueba en las excepciones, la eximición de costas y la fijación del plazo probatorio. Por su parte,

las últimas reformas coinciden en ampliar estas potestades, y así, el artículo 21 de la ley 14,237 establece que en cualquier estado del juicio los jueces pueden disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquéllas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso. El código de Jujuy prohíbe a las partes darse un procedimiento distinto al establecido legalmente. El de Santa Fe establece que el juez debe adoptar las medidas que estime conducentes al esclarecimiento de los hechos. El Anteproyecto para la Provincia de Buenos Aires, siguiendo los Proyectos de Lascano y Couture, prevé que los actos para los que la ley no exija forma determinada, se cumplan en la más idónea para el logro de su finalidad, y en igual sentido se dispone en el Proyecto de Ley de bases para un código de procedimientos civiles de 1965.

Las partes accionantes pueden regular fijando previamente la competencia territorial, pidiendo que una causa se declare de puro derecho, conviniendo puntos de pericia y peritos comunes, ampliando plazos comunes no perentorios; pero no pueden establecer plazos distintos de los legales para deducir recursos, ni acordarse mutuamente calidad de parte o interés ante la alzada. El artículo 58 de la ley 14,237 estableció que son irrenunciables la intimación de pago, citación de remate para oponer excepciones y la sentencia; pero la posterior orientación admite la validez de la limitación contractual de las excepciones.

Así pues, de vuelta en la contemplación de la patología del proceso, Berizonce advierte que las formas están ordenadas para ser cumplidas y su inobservancia puede llevar a la nulidad o a la inexistencia. Mera irregularidad aparece cuando el acto conserva su esencia a pesar de la falta de uno de sus elementos, pues cubre las mínimas condiciones para ser considerado como tal. La irregularidad lleva a la corrección disciplinaria (sentencias dictadas con vicios de forma). El acto nulo queda privado de sus efectos normales por falta de algunos requisitos legales. Es ineficaz, bien por una deficiencia estructural esencial, o porque en su producción no se observara el orden lógico de colocación dentro del proceso. La inexistencia importa un no acto, el faltante es de tal entidad que el acto no puede ser concebido (sentencia dictada por quien no es juez —pero Berizonce olvida que puede producirse invasión de funciones: sentencia de la autoridad administrativa, que en ciertas condiciones es ejecutable—, proceso redactado para fines didácticos, el incoado por persona imaginaria, el que condena a quien no fue demandado —pero también aquí habrá incongruencia o exceso de poder y no inexistencia—, etc.); la inexistencia lleva a la ineficacia absoluta (pero el autor confunde la eficiencia que es el producir el resultado querido, con la eficacia que es producir uno cualquiera, es por ello que la doctrina ha desterrado el acto inexistente imaginado por Zacharie).

En lo que respecta al proceso, Berizonce recuerda las clasificaciones que sobre las nulidades presentan las doctrinas italiana, española y argentina y termina indicando que en su opinión, la doctrina de las nulidades procesales no debe ser construida sobre la teoría civilista sino con apoyo en las disposiciones de las leyes de procedimiento. Por ello, desplazando la simple irregularidad y la inexistencia, pasa a la consideración de los actos nulos cuyos presupuestos se enuncian a través de cinco principios: el de especificidad (no hay nulidad sin ley que la declare, pero siempre que no medie convalidación, que haya un interés afectado, que quien la interpone

no hubiera coadyuvado a su producción y que no se hubiera cumplido el fin del acto), el de convalidación (que no opera frente a actos inexistentes —sin embargo, el propio autor reconoce que el juez no puede declararla de oficio, p. 78, lo cual significa una “*contradictio in adiecto*”—, ni respecto a los actos afectados por vicios sustanciales, como la incapacidad, el error, el dolo, la violencia, el fraude y la simulación, el de trascendencia (perjuicio cierto e irreparable: no hay nulidad en el solo interés de la ley), el de protección (que el vicio emane del juez o de la parte contraria: “*nemo auditur propriam turpitudine allegans*”, la ley no puede proteger la pretensión o la conducta contradictorias, ni el comportamiento incoherente) y el de conservación (de los valores de seguridad y firmeza: el acto procesal es válido aun siendo irregular o defectuoso, si ha logrado el fin a que estaba destinado; y en caso de duda sobre la configuración de un vicio, corresponde declarar la validez). En cuanto a los defectos sustanciales, todos estos principios son aplicables menos la convalidación (p. 88).

Del principio de conservación, el autor extrae los caracteres definitorios de la nulidad procesal: se trata de un remedio excepcional que cabe cuando el vicio no puede subsanarse, y es de interpretación restringida, pues en caso de duda debe desestimarse la nulidad. Pero como no bastan los procedimientos de curación, deben implantarse las formas de prevención que se realiza por diversos medios: las excepciones dilatorias, la audiencia previa (Art. 239 de la Ordenanza austríaca) o el despacho saneador (legislaciones portuguesa y brasileña), y la renovación de las diligencias en la alzada.

En lo que mira a los efectos de la declaración de nulidad, en el proceso es aplicable la regla civil que tiene por no acaecido el acto, pero ello puede acarrear también la caída de otros (comunicabilidad del efecto anulatorio), siempre que no sean anteriores o independientes. Si la nulidad es de una etapa procesal, caen los actos posteriores, no por nexo de causalidad sino de esencialidad. De otra parte, los actos declarados nulos pueden producir efectos en otros procesos (pruebas incorporadas a un proceso declarado nulo, pago de honorarios a peritos y profesionales intervinientes, etcétera).

Frente a terceros, la regla “*nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*” recibe diversas moderaciones: buena fe del tercero, necesidad de resguardar derechos adquiridos (el perjudicado quedaría sólo con el ejercicio de la pretensión de daños y perjuicios, lo que en verdad parece exagerado y contrario a la misma jurisprudencia argentina que cita el autor, p. 105); y ésta parece ser la principal función de la cosa juzgada que hace desaparecer los motivos de nulidad y de anulabilidad, según el principio consagrado por el código austríaco de 1895. Sin embargo, buena parte de la doctrina considera que no toda sentencia tiene eficacia de cosa juzgada, en aplicación del principio “*fraus omnia corrumpit*”, al grado de que diversas legislaciones modernas reconocen recursos para cancelar la cosa juzgada (revocación, revisión y rescisión junto a la oposición de tercero) que son verdaderas pretensiones autónomas derivadas de la “*restitutio in integrum*”, sistema que no deja de tener opositores por la amenaza que significa contra la cosa juzgada (cfr. Ibáñez Frocham, p. 570).

Puesto que en el proceso no hay nulidades absolutas, dice Berizonce (p. 117), en principio los jueces no pueden decretarlas “*ex officio*” y los medios de impugnación van, desde el incidente de nulidad, los recursos ordinarios de nulidad, apelación y revocatoria, el recurso extraordinario de nulidad, la excepción de nulidad, a la acción

("rectius": pretensión) de nulidad, además del llamado recurso de atentado y la acción declarativa de inexistencia (el primero, clásico en el derecho histórico español, preservaba el efecto suspensivo de la apelación, de la recusación, de la cuestión de competencia o de cualquier incidente que impidiera la prosecución; la inexistencia procesal cuando se quiere hacer valer sentencia de tal carácter, lleva a la simple excepción o a la acción declarativa de inexistencia, acción de certeza negativa que no tiene límite temporal por no existir autoridad de cosa juzgada). En cuanto al recurso extraordinario, debe advertirse que es una simple casación que no importa tercera instancia por ser de competencia negativa (limitada a las formas de la sentencia).

Humberto BRISEÑO SIERRA
Profesor de la Facultad de Derecho
de la U.N.A.M.