

170034  
N927

ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

JOSE S. NUÑEZ ARISTIMUÑO

Trabajo de incorporación  
a la Academia de Ciencias  
Políticas y Sociales

Contestación del Académico  
Dr. Eloy Lares Martínez



CARACAS/ 1986



“Estoy en el deber de recordar -y lo hago con toda sinceridad- que cuando se me comunicó el propósito, (el de incorporarlo a la Academia), manifesté que carezco de títulos para recibir tan elevada distinción...”

Son las palabras iniciales del discurso pronunciado por el doctor Francisco Manuel Mármol en el acto de su incorporación a esta Academia. Quiso la providencia que me correspondiese, para honra mía, suceder a tan ilustre compatriota, en el sillón que ocupó en esta Corporación. Hago mías aquellas palabras, con una doble y profunda convicción: que en el caso de mi inmediato antecesor, fueron producto de su modestia, virtud, entre otras de las muchas que decoraron su extraordinaria personalidad; pero en el mío, constituyen espontánea manifestación de la certeza en el conocimiento de mis propias limitaciones. Así se patentiza, en forma clara, la magnitud de la bondad de ustedes, señores académicos, al elegirme individuo de número de esta Corporación, y de ello mismo, surge, la manifestación de mi profundo reconocimiento y el compromiso de hacer todo esfuerzo para responder, así sea en mínima parte, a la generosidad de ustedes, entregando a la Academia, toda mi voluntad para servirla.

En la Carora de principios de siglo, pueblo interiorano que, como la mayoría de los nuestros de entonces, debió tener en la totalidad de su estructura, grandes carencias, pero donde entonces se produce el hecho singular de que casi a un tiempo, ven la primera luz venezolanos que en diversos campos de la inteligencia, darían prez a la República, nació Francisco Manuel Mármol, quien debería ser figura prestante de esa generación.

Sus estudios de primaria y secundaria, los realiza en su Carora nativa y durante el curso de los segundos, en plena adolescencia, muestra sus aptitudes literarias y periodísticas, las cuales le vienen del ancestro; en efecto, su padre Julio Mármol Herrera fue periodista y a su tío José Manuel Herrera se le considera fundador del periodismo en Carora. De esta época datan crónicas admirables de Francisco Manuel Mármol, bajo el pseudónimo "Anton Perulero", en el "Diario de Carora", y en la misma época, sorprende a la crítica literaria, la cual, en sus más calificados representantes, recibe jubilosamente su libro "El Goce Humilde", escrito en prosa del más pulcro castellano y en cristalino y primoroso estilo; y posteriormente, mediante entregas en la revista "Quincena Literaria" de El Tocuyo, publica su otro libro "Páginas de Mentira y de Verdad", en el cual reitera sus méritos literarios, lo cual ha determinado que laureados escritores, ligados a él por afectuosos vínculos, aun lamenten que él hubiese cambiado sus lides literarias por las del jurista, por más que en éstas llegó a tener puesto excepcionalmente descollante. Qué insondables designios lo determinaron así?; una profunda vocación, o el apremio por las alforjuelas vacías, de quien no fue de rica cuna?.

Opta al título de Bachiller presentando como tesis, el trabajo "Don Andrés Bello", el cual, los anales históricos recogen como el primer ensayo en Venezuela sobre el insigne compatriota. Al respecto, se ha dicho que hasta entonces Bello permaneció olvidado en Venezuela; con Picón Salas pensamos que, en vez de olvido, fue desconocimiento en la época, porque Bello "cumple su nutrido mensaje, realiza su obra convertida en organización civil, en norma jurídica, en tradición cultural, en la República de Chile". El trabajo del joven Mármol se revela así como el primer tributo de reconocimiento de la patria a ese gigante del pensamiento y esclarecido hijo suyo que fue Bello; y así debió sentirlo el propio autor cuando al final del ensayo, refiriéndose al monumento que por suscripción popular se le erigió a Bello en Santiago, dice: "Para el solar venezolano, que le debe justicia, es una encarnación de gloria".

Con su tesis "La Ley Personal del Extranjero y la Jurisprudencia de Casación en Venezuela", se gradúa en 1927 de Doctor en Ciencias Políticas, e inicia el ejercicio profesional de la abogacía. Pero a la generación de esa década, que es la suya, le comprometen otras urgencias; bajo una férrea dictadura, en el país hay persecución y negación de derechos, analfabetismo, miseria, incuria, injusticia social, y aquellos hombres, casi todos sin ideología definida, pero sintiendo y viviendo la tremen-

da situación de la patria sojuzgada, y acicateados por el amor a la libertad, de pura fuente y tradición bolivariana, empiezan a desafiar al déspota y a su régimen, y esa actitud los lleva a las ergástulas de las cárceles, con sistemas, procedimientos e inhumanos castigos medioevales, donde los acosa el dolor físico, la inhibición intelectual y no pocas veces la muerte.

El abogado Francisco Manuel Mármol, es defensor de algunos de los intervinientes en los sucesos contestarios del 28 y terminado el sumario del juicio respectivo, el dictador dispone el fin del proceso, mantener presos a los enjuiciados y encarcelar sus defensores. El doctor Francisco Manuel Mármol, paga su tributo a la lucha por el rescate de la dignidad de la Venezuela envilecida, con su prisión en "La Rotunda" después en el "Castillo de Puerto Cabello" y más tarde en "Las Tres Torres" de Barquisimeto, y finalmente, en largo confinamiento en su terruño Caroreño.

Su tesis doctoral revela su afición por el derecho internacional, señaladamente, en su especialidad pública, que llega a ser en él mesiánica pasión, hasta dominar esa rama jurídica cuya existencia y necesidad de su efectiva vigencia, defendió siempre con maestría. Pero fue también estudioso y cultivador del derecho privado, que llegó a dominar con profundidad, por lo que se le consideró siempre un abogado de sobresalientes éxitos profesionales.

En 1939 es designado Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Central de Venezuela y llega a ser mi profesor en esa materia, por contados meses, ya que otros deberes públicos lo alejan de la capital.

El corto tiempo que, por lo que respecta a mi curso universitario, el que culmina en 1945, regentó esa cátedra, sirve para revelarnos el dominio de la especialidad y la bondad de su condición humana. Allí nació entre él y quien habla, una ligera y tenue amistad, que para mi suerte, se acrecentó en años posteriores, dentro de los avatares de la vida y a través de mis relaciones con uno de sus hijos, el doctor Hugo Mármol Marqués, mi colaborador cuando me correspondió desempeñar altos cargos públicos, y uno de los representantes más valiosos de las nuevas promociones de profesionales del derecho.

En los medios de la docencia superior, el doctor Francisco Manuel Mármol llegó a ser Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela por designación de la

Asamblea de la Facultad, y, además, fue profesor fundador de la cátedra de Derecho Internacional Privado de la Universidad Católica Andrés Bello.

En correspondencia con su inclinación por el derecho internacional, fue Abogado Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores, Representante de Venezuela en la Asamblea de las Naciones Unidas y en la X Conferencia de la Organización de Estados Americanos.

En otros campos del sector público, fue Secretario de Gobierno en el Distrito Federal y en el Estado Táchira, Director de Gabinete del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, Asesor del Ministerio de Justicia y Director del Instituto de Inmigración y Colonización.

Pero la verdadera personalidad del hombre, no se aprecia ni se calibra, únicamente, por los signos externos de su actividad en el grupo social. Para comprenderla, en la totalidad de su expresión y proyección humana, hay que conocerle en sus vivencias íntimas, de las que no pueden percatarse sino quienes han estado cercanos a sus afectos y a sus más penetrantes sentimientos. Esos son quienes pueden conocer la totalidad de las virtudes que concurren a definir a determinado hombre en toda la compleja realidad de su condición de tal. En el caso del doctor Francisco Manuel Mármol, creo que, para mi fortuna, estoy entre quienes supieron de las virtudes que le hemos señalado y de otras muchas que le hicieron un venezolano de bien. Pero quisiera destacar, entre ésta últimas, dos, para mí fundamentales: la prudencia en el juzgamiento de los hechos sociales y de la conducta de quienes en ellos intervinieron. Siempre tuvo para esos hechos, el juicio certero, algunas veces, con severa calificación por la manifiesta negativa influencia de los mismos en el desarrollo del país, pero así mismo, siempre sin apreciaciones subjetivas que pudieran constituir condena definitiva para sus autores; y la otra virtud suya, digna de destacar, la constituyó su extraordinario concepto de la amistad, como sentimiento y vínculo trascendente y de provecho en las relaciones humanas. Tres veces, en distintas ocasiones, cuando para mi honra, me correspondió el desempeño de comprometedoras funciones públicas, utilicé sus vastos conocimientos en el campo del derecho internacional, su especialidad. En todas ellas, sus dictámenes fueron de un denso contenido, diáfanos, de indiscutible lucimiento y procedencia en sus conclusiones, y con ocasión de todas ellas, se negó en forma absoluta y definitiva a recibir honorario alguno. Convencido estoy de que asumió esa

conducta, en el seguro conocimiento de que con ello, servía a la República, al mismo tiempo que, complacía y favorecía al amigo.

Las generaciones del futuro, que conozcan la vida y personalidad del doctor Francisco Manuel Mármol, coincidirán con la suya y con la nuestra, que le siguió, en el reconocimiento de que fue un gran venezolano.

He elegido como tema de mi trabajo de incorporación a esta Academia, el siguiente:

**“LA REPOSICION. SU ESTRUCTURA Y SU FUNCIONAMIENTO EN EL PROCESO CONFORME A LA DOCTRINA DE LA CASACION CIVIL”.**

La reposición es una institución procesal directamente relacionada con los actos procesales y su nulidad.

Como lo reconoce Marcano Rodríguez <sup>(1)</sup> nuestro actual sistema sobre nulidades de los actos procesales y sobre la reposición, fue consagrado en la reforma del Código de Procedimiento Civil, 1916, y si bien, a nuestro juicio, tal sistema no constituye un ordenamiento orgánico, a la medida requerida por la materia que regula, lo cierto es, como expresa ese autor, que la cuestión apenas estaba esbozada en el Artículo 16 del Código de 1904 lo cual constituía fuente de inconvenientes prácticos, atentatorios contra “la estabilidad de los procesos”, cuya preservación, así como su regularidad y economía, debe decirse de una vez, es la fundamentación de las necesarias nulidades procesales, según la generalidad de los autores.

Así expresa sus conceptos el insigne procesalista:

“El normalismo que afecta el espíritu de la legislación patria en punto a nulidades, no se compadecía, en efecto, con lo impreciso y lacónico de la antigua disposición legal, y la necesidad de una reglamentación amplia y salvadora de inconvenientes prácticos, se impuso desde luego a nuestro legislador. Las tradiciones forenses nos recuerdan multitud de casos en los que los jueces, olvi-

(1) R. Marcano Rodríguez. “Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil”, tomo III, Pág. 494, conforme Armino Borjas, “Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano”, Tomo II, Pág. 325.

dando el principio de "la estabilidad de los juicios", echaron por tierra largos y dispendiosos procesos, erigiendo en nulidades fútiles defectos de procedimiento cuya corrección o no era necesaria, aun siéndolo, no debía acarrear la destrucción del proceso".

El modelo seguido por nuestro Código de 1916, y mantenido en el de reciente promulgación, es el italiano de 1865 <sup>(2)</sup>, y el sistema consagrado, se define, dentro de la evolución histórica de los muchos que han dominado la materia a partir del primitivo romántico, que establecía "todo lo hecho en contravención de la ley es nulo", como encuadrado en el sistema que distingue las formalidades esenciales o substanciales y las accesorias o accidentales <sup>(3)</sup>, así lo postula el Artículo 206 del Código de Procedimiento Civil al establecer: "Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la Ley, o cuando haya dejado de llenarse en el acto, alguna formalidad esencial a su validez".

Esta disposición es con ligera modificación de forma, la misma que aparece en el Código promulgado en 1916. El aparte del Artículo del Código nuevo, agrega: "En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado".

Observa también Marcano Rodríguez, que la reglamentación venezolana, comprende además de los actos del procedimiento durante su desarrollo, a las sentencias que lo resuelven o deciden. Los primeros, los vicios del procedimiento, propiamente dichos, los corrige el juez de la propia instancia donde acaecen o cualquiera de los superiores, "y los de las sentencias, sólo por los tribunales de alzada, cuando adolezcan de los defectos señalados en el Artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, pues a su revocación o reforma por el mismo tribunal que las dictare, se opone la prohibición del Artículo 252" <sup>(4)</sup> y agre-

(2) Arístides Rengel-Romberg. "Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano", Tomo III, Pág. 74.

(3) R. Marcano Rodríguez. Obr. Cit., Tomo Cit. Pág. 498.

(4) R. Marcano Rodríguez, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 494. Más adelante Obr. Cit., Tomo Cit. Pág. 500 censura esa promiscuidad que establece el Título entre "diligencias procesales" y "Sentencias" porque aquellos conceptos no convienen a la sentencia, según la doctrina. Hay autores, no obstante, que consideran a la sentencia como el acto procesal por excelencia. "El principal acto del órgano jurisdiccional es la sentencia definitiva", Hugo Alsina, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Tomo I, Pág. 711.

gamos nosotros, o por Casación, porque, cuando el defecto a que se contrae el Artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, ocurriere en la sentencia de la última instancia de un juicio en que fuere admisible y se intentare y formalizare el recurso de Casación, corresponderá decretar la reposición al estado de dictarse nueva sentencia, a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al decidir el recurso, doctrina del Artículo 210 del Código de Procedimiento Civil y conforme al procedimiento indicado en el Artículo 322.

## ACTOS PROCESALES

Podría hablarse, para una mejor inteligencia del acto procesal, de una especie de secuencia horizontal o vertical, que comienza con los hechos jurídicos, continúa con los actos jurídicos y culmina con los actos procesales.

El hecho jurídico corresponde a todo acaecer capaz de modificar una situación jurídica y es por ello regulado por una norma de derecho. <sup>(5)</sup>

Una especie del hecho jurídico, es el acto jurídico que surge cuando la modificación de la situación jurídica se produce por actuación de la voluntad.

Finalmente, el acto procesal, es el acto jurídico con influencia en el proceso. <sup>(6)</sup>

El acto procesal se origina tanto en la actuación de las partes como en la del juez, e inclusive, de los terceros extraños originalmente al proceso.

Ejemplo de los primeros, es la demanda, de los segundos, el proveimiento por parte del juez, y de los terceros, la declaración del testigo. <sup>(7)</sup>

Los actos procesales pueden ser definidos, conforme a lo expuesto, como el conjunto de actividades que realizan las partes,

(5) Hugo Alsina, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Tomo I, Pág. 706.

(6) Arístides Rengel-Romberg "Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano", Tomo III, Pág. 9 y Sgts.

(7) Hernando Devis Echandia, "Compendio de Derecho Procesal Civil. Parte General", Pág. 284.

el juez y los terceros que actúan en el proceso dentro del desarrollo normal de éste, y los cuales inician, constituyen, impulsan y extinguen el proceso logrando el fin que éste se propone.<sup>(8)</sup>

Cualquiera otro acto aun cuando ocurra en el proceso, pero sin propender a las indicadas finalidades, iniciar, constituir, impulsar o terminar el proceso, no es acto procesal.

La discriminación es importante para la determinación precisa del acto procesal, porque todo acto inocuo a esos fines, queda excluido de la categoría.

De acuerdo con el Artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, "Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes".

Pero, cuál acto?; el que influye en el proceso con uno cualquiera de los efectos señalados. Casación, por ejemplo, ha establecido que la sustitución de un poder no es de las actuaciones que impiden el perecimiento, porque el acto impeditivo debe ser una verdadera actuación, que involucre una verdadera gestión del asunto. "diligencia, actividad que revele el propósito de movilizar el juicio..." Ni tampoco lo constituye, la simple consignación en el expediente de una planilla de multa.<sup>(9)</sup>

#### REQUISITO DEL ACTO PROCESAL

El acto procesal, para su eficacia plena, debe cumplir requisitos de fondo y de forma. Los primeros, se refieren a la capacidad de obrar de la parte, a su interés en el asunto debatido

(8) Leonardo Prieto Castro, "Cuestiones de Derecho Procesal", Pág. 65, Aristides Rengel Romberg, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 14. Redenti, lo define así: "se pueden calificar y clasificar como procesales aquellos actos o hechos que despliegan efectos primarios, directos y específicos legalmente previstos sobre la institución, sobre el desarrollo y sobre el fin (clausura o extinción del proceso-relación jurídico procesal). "Enrico Redenti, "Derecho Procesal Civil, Tomo I, Pág. 188.

(9) G.F. N° 3, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 436 (La referencia de la Corte es a la perención del recurso de Casación, pero creemos que la argumentación, mutatis mutandis, se aplica a la perención de la instancia). Sobre el segundo ejemplo, sentencia del 18-12-85.

judicialmente y a su legitimidad para la realización del acto en el proceso. Los de forma, se refieren a las formalidades de los actos, es decir, cómo, cuándo y dónde deben realizarse,<sup>(10)</sup> o sea, los supuestos de forma, lugar y tiempo.<sup>(11)</sup> Estos últimos son los genéricamente denominados por la doctrina "formas procesales", las cuales vienen determinadas por la ley y cuyo incumplimiento afecta la validez del acto según el grado de la irregularidad.<sup>(12)</sup> Determinadas por la ley, en las nulidades expresamente señaladas y en cuanto élla consagra los elementos básicos que integran la realización formal de los actos cuya inobservancia conduce a su ineficacia, y también, en cuanto establece la invalidez del acto que carece de uno de los requisitos esenciales para su validez.

La necesidad de las formas procesales, la exigencia de que el proceso se desenvuelva con sujeción a reglas preestablecidas, dice Alsina,<sup>(13)</sup> garantiza la lealtad en el debate, la igualdad de la defensa y la rectitud en la decisión.

#### NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES. LA REPOSICION.

La nulidad procesal "no es cosa atinente al contenido mismo del derecho sino a sus formas; no es un error en los fines de la justicia sino de los medios dados para obtener esos fines".<sup>(14)</sup> Es la ausencia de uno de los requisitos del acto procesal por lo cual resulta viciado, y entonces, queda alterada su eficacia normal, si el vicio tiene significación jurídica.<sup>(15)</sup>

De acuerdo con los conceptos anteriores y a las peculiaridades de nuestros sistemas, podría definirse la nulidad procesal, siguiendo la orientación de Rengel-Romberg<sup>(16)</sup> y de Marcano

(10) Hernando Devis Echandia, Obr. Cit., Pág. 286.

(11) Rengel-Romberg, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 26.

(12) Hernando Devis Echandia, Obr. Cit., Pág. 449.

(13) Hugo Alsina, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 718.

(14) Eduardo Couture, Obr. Cit. Pág. 271.

(15) Jaime Gerasp. "Derecho Procesal Civil", Pág. 301.

(16) Aristides Rengel-Romberg, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 70.

Rodríguez, <sup>(17)</sup> así: la nulidad procesal es la sanción que priva al acto procesal de sus efectos por estar viciado según lo expresamente determinado por la ley o por haberse dejado de cumplir en el mismo, alguno de los requisitos esenciales a su validez.

La nulidad de los actos del procedimiento comprenden, pues, los consagrados en la ley o nulidades textuales, expresas o insalvables, Artículos 215, 244 y 246 del Código de Procedimiento Civil <sup>(18)</sup> estos últimos referidos a las sentencias; y las nulidades virtuales, no específicamente señaladas por la ley, a las cuales el precepto legal se refiere en esta forma: "cuando haya dejado de llenarse en el acto alguna formalidad esencial a su validez".

Casación ha recogido los dos supuestos, el de las nulidades expresas y las virtuales al establecer que la nulidad procede no sólo cuando la ley la decreta sino también cuando en el acto ha dejado de cumplirse un requisito esencial, <sup>(19)</sup> y ha definido como de esta última categoría, los que integran las normas relativas al orden y formalidades esenciales del procedimiento por ser éstas de orden público; <sup>(20)</sup> lo cual ha ratificado al establecer "aun cuando las partes litigantes manifiesten su acuerdo no es potestativo a los tribunales subvertir las reglas legales con que el legislador ha revestido la tramitación de los juicios, pues su estricta observancia es materia íntimamente ligada al orden público. <sup>(21)</sup>

En términos generales, son requisitos o formalidades esenciales de los actos procesales aquellos "cuya contravención u omisión quitan al acto su carácter jurídico peculiar desnaturalizándolo en su esencia y haciéndolo inepto para llenar el fin legal a que está destinado"; <sup>(22)</sup> y la Casación, con criterio con-

(17) R. Marcano Rodríguez, Obr. Cit., Tomo cit., Pág. 498.

(18) Arminio Borjas, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 331.

(19) Sentencia del 11-12-56, G. F. N.º 14, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 164.

(20) Sentencia del 7-12-61, G. F. N.º 34, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 151.

(21) Citada por José Román Duque Sánchez, "Manuel de Casación Civil", Pág. 116.

(22) R. Marcano Rodríguez, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 499. Conformes, Arminio Borjas, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 332 y Aristides Rengel-Romberg, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 75.

cordante, los ha definido así: "aquellos que no pueden faltar sin que el acto cambie de naturaleza o quede exento de las condiciones imprescindibles para llenar el objeto perseguido por la ley". <sup>(23)</sup>

El acto procesal es viciado por error del juez, bien por la acción directa de éste o por su tolerancia, como guardián y director del proceso que es, ante la actitud o conducta errónea de las partes o de los terceros a quienes les toca intervenir en el desarrollo propio del proceso, según hemos dicho. De allí que se trata de un error de actividad o in procedendo como lo denominan numerosos y prominentes autores, calificación que ha sido objeto de una defensa ardorosa por parte de Calamandrei ante la severa crítica de Beling. <sup>(24)</sup>

El proceso es un conjunto de actos procesales sucesivos, vinculados por el principio de preclusión conforme al cual, algunos actos sólo pueden realizarse bajo el supuesto de una situación procesal previa y válida, y además, por la finalidad común que los hace interdependientes. <sup>(25)</sup>

El acto procesal írrito, crea una crisis en el proceso, unas veces grave, cuando el acto procesal viciado es esencial y el acto viciado arrastra en su nulidad los actos posteriores e inclusive, en casos singulares, los anteriores; o menos grave, cuando el acto procesal írrito es aislado y sin influencia sobre los sucesivos ni sobre los antecedentes.

Para la declaratoria de nulidad del acto írrito, de acuerdo a nuestro sistema, se utiliza la reposición, mediante la cual el proceso se retrotrae al punto de partida de la nulidad, con especiales modalidades en sus efectos de acuerdo a la naturaleza del acto procesal viciado y conforme con lo antes expresado. <sup>(26)</sup>

(23) Sentencia del 1-6-53, G. F. N.º 1, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 317. Ratificado en sentencia de 27-10-82, G. F. N.º 118, Vol. II, Terc. Etp., Pág. 995.

(24) Piero Calamandrei, "Estudios sobre el Proceso Civil", Págs. 165 y sgtes.

(25) Hugo Alsina, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 705.

(26) Técnicamente, suele diferenciarse la reposición propiamente dicha, que no solamente retrotrae el proceso hasta el estado del acto nulo sino que anula todo lo actuado desde aquel momento de la renovación que solamente sustituye el acto nulo por otro válido pero sin afectar el desenvolvimiento del proceso. Rengel-Romberg, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 83.

Cuenca la ha definido así: "La reposición es el efecto de la declaratoria de la nulidad procesal que sobreviene cuando determinados vicios (esenciales, necesarios o accidentales), afectan la validez y eficacia jurídica de la forma y contenido de los actos, siendo considerada como un remedio privativo del proceso". (27)

### NATURALEZA DE LA REPOSICION

La reposición no es una defensa cuyas circunstancias fácticas deben articularse en la contestación de la demanda con el efecto preclusivo conforme al cual, no opuesta en esa oportunidad, no se le pueda oponer en otra etapa del proceso. De atribuírsele esa naturaleza, el de una defensa, quedaría excluída la oportunidad de su alegación en todo el amplio período de desenvolvimiento del proceso, posterior a la contestación, muchos de cuyos numerosos actos procesales son propicios a vicios sustanciales; por el contrario, sujeta a modos legalmente previstos, que se analizarán posteriormente, la reposición puede ser opuesta en cualquier estado y grado del proceso; y como la oportunidad de informes, precisamente, permite a la parte tener un conocimiento general y retrospectivo del mismo, tal acto, el de informes, es ocasión propia para solicitarla. Lo ha dicho Casación. (28)

La reposición según Casación, es un medio puesto al alcance del órgano jurisdiccional y de las partes, "para preservar la estabilidad del proceso depurándolo de los vicios que puedan afectar su validez". (29)

### COMO OPERA LA REPOSICION? EFECTOS.

#### Acto Aislado.

Cuando la nulidad es de un acto aislado del procedimiento, o sea, independiente, de los posteriores y de los que le preceden,

(27) Humberto Cuenca, "Colección Ciencias Jurídicas", Tercera Edición Biblioteca de la U.C.V.

(28) Sentencia del 21-7-75, G. F. N.º. 87, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 321.

(29) G. Manrique Pacanins, Obr. Cit., referente a sentencias del 10-12-43, M. 1944, T. II, Pág. 306; y del 21-3-49, G. F. N.º. 1, Primera Etp., Vol. Co., Pág. 13 y del 31-3-54, G. F. N.º. 3, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 423 y la citada sentencia en el número anterior, de fecha 21-7-75. Idea sobre el mismo tema, José S. Núñez Aristimuño, Obr. Cit., Pág. 116.

de estos, por no ser preparatorios del acto írrito; y de aquellos, por no ser consecuencia de acto viciado; (30) para tal supuesto, el Artículo 207 del Código de Procedimiento Civil nuevo, dispone que si el acto viciado ocurre en el proceso, estando la causa en la misma instancia, el juez ordenará que el acto vuelva a efectuarse dentro de un término previamente fijado por el tribunal y procederá luego a dictar sentencia.

Cuando la nulidad la observare el Tribunal Superior, mediante la reposición, conforme al Artículo 208, retrotraerá la causa al estado de sentencia en primera instancia para que se dicte una nueva sentencia y dispondrá que el juez de la primera instancia, antes de fallar, haga efectuar de nuevo el acto nulo. La razón de este proceder, dice Marcano Rodríguez, está en el hecho de que es posible que el acto nulo hubiese tenido influencia decisiva en la sentencia original de la primera instancia, y por ello, es procedente que esa sentencia quede anulada, y rectificado que sea el acto nulo ocurrido en primera instancia, se dicte en ésta nueva sentencia. (31)

Casación ha ratificado ese procedimiento para el supuesto del primer aparte del Artículo 230 del Código de Procedimiento Civil de 1916, equivalente al 208 del Código nuevo. (32) Acto írrito y la nulidad de los consecutivos.

### ACTO IRRITO Y LA NULIDAD DE LOS CONSECUTIVOS

Cuando el acto írrito y por tanto, anulable, es esencial a la validez de los posteriores, Artículos 211 del Código de Procedimiento Civil, se produce la reposición propiamente dicha, a diferencia con la llamada doctrinariamente renovación, (33) y por efecto de la reposición, el proceso se retrotrae o repone al punto de partida de la nulidad. Para los actos posteriores al acto nulo que influye sobre aquellos y su validez, o sea, que del acto nulo son dependientes, se trata de una nulidad derivada o sobreveni-

(30) R. Marcano Rodríguez, Obr. Cit., Tomo cit., Págs. 504 y 505 donde además desarrolla algunos ejemplos.

(31) R. Marcano Rodríguez, Obr. Cit., Tomo cit., Pág. 507.

(32) Sentencia del 2-5-56, G. F. N.º. 12, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 60.

(33) Véase Ret. No. 26.

da porque originariamente, per se, esos actos posteriores eran válidos. (34)

#### Nulidad de la sentencia de la Instancia inferior.

Vigente el anterior Código de Procedimiento Civil, el último aparte de su Artículo 230 planteó entre los comentaristas la polémica referente a si el superior, por la avocación general de la causa que asume en razón de la apelación, podría corregir los vicios de la sentencia de la instancia inferior, por incumplimiento del Artículo 162 de ese Código, y dictar el mismo, el superior, una sentencia sobre el fondo, libre de los vicios que inficionaron la de primera instancia; o si era más propio el sistema que la norma consagra o sea, que ante tales vicios en la sentencia del inferior, el de alzada repone la causa al estado de que aquél dicte nueva sentencia liberada de tales vicios; (35).

El Artículo 209 del nuevo Código, acogió la primera orientación al disponer:

Artículo 209. La nulidad de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de la instancia inferior, que se halle viciada por los defectos que indica el Artículo 244, lo puede hacerse valer mediante el recurso de apelación, de acuerdo con las reglas propias de este medio de impugnación. La declaratoria del vicio de la sentencia por el Tribunal que conozca en grado de la causa, no será motivo de reposición de ésta, y el Tribunal deberá resolver también sobre el fondo del litigio. Esta disposición no se aplica en los caso a que se refiere la última parte del Artículo 246.

Para el Dr. Ricardo Henríquez La Roche, la citada norma constituye una de las disposiciones más importantes del nuevo Código y "supone un avance considerable en la celeridad del proceso".

(35) R. Marcano Rodríguez, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 508 y Aristides Rengel-Romberg, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 85. En sentencia del 24-5-62, G. F. N.º 36, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 96 reafirmó categóricamente la tesis de la norma.

(34) Manuel Morón Palomino, "La Nulidad en el Proceso Civil Español", Pág. 199.

Además, en su criterio, que compartimos, en cuanto a la posibilidad de la aplicación analógica, la solución expresamente establecida para las sentencias definitivas, deberá aplicarse a las interlocutorias; en caso contrario, el propósito legislativo de eliminar inútiles dilaciones del proceso en cuanto a esta materia se refiere, resultaría frustrado. (36)

#### REPOSICION IMPROCEDENTE

La reposición no procede en los tres casos o situaciones siguientes: (37)

##### 1º) Reposición sin fin procesal útil.

Con fundamento a los principios de la estabilidad de los procesos y de la economía procesal, el legislador ha querido que la reposición en los juicios tenga una ocurrencia excepcional, según se desprende de su propia regulación, Artículos 206 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, promulgado. A esa orientación ha respondido la doctrina de Casación refiriéndose a supuestos conforme a los cuales la sola existencia de un vicio procesal, no es bastante para que la reposición opere.

A tales propósitos, es de vieja data la tesis de la Casación conforme a la cual, no es posible dictar una "reposición teórica, por principio, sin perseguir un fin útil." (38) Coceptos reiterados posteriormente al declarar: "La reposición debe tener por objeto la realización de actos procesales necesarios, o cuando menos útiles y nunca causa de demora y perjuicios a las partes". (39) Por ello hemos sostenido, que, conforme a Casación, no hay

(36) Ricardo Henriquez La Roche "Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil" (concordado y anotado), Pág. 192.

(37) Véase un comentario sobre esta misma materia en José S. Núñez Aristimuño, "Aspectos en la Técnica de la Formalización del Recurso de Casación", Pág. 120.

(38) Sentencia del 10-12-43, M. 1944, Tomo II, Pág. 306. G. Manrique 'Pacanins, "Jurisprudencia y Crítica de la Doctrina de la Casación Venezolana", 1924-1950, pag. 193.

(39) Sentencia del 5-4-54, G. F. N.º 4, Etp, Vol. Co., Pág. 548 y más recientemente, sentencia del 14-6-84.

reposición cuando el vicio procesal no afecta al orden público, ni causa perjuicio a la parte presuntamente agraviada, la única que pudiera estar, en principio, legitimada para solicitarla, ni tampoco quebranta el procedimiento, a suerte que a los más, se trataría de sutilezas o puntos de mera forma proscritos de nuestro ordenamiento procesal. Creemos que es esa la orientación del legislador al crear el aparte del Artículo 206 en el nuevo Código, al cual nos hemos referido, dado que si el acto procesal viciado, no obstante ello, cumplió su finalidad es resaltante que reponer la causa en razón de ese vicio intrascendente sería consagrar una inútil dilación procesal.

2º) Corrección del vicio procesal por un medio jurídico más propio.

Cuando el vicio en el acto procesal es profundo y afecta directamente, más que el desarrollo formal del proceso, a la suerte misma de la cuestión de fondo debatida, y hay un medio legal específicamente más propio para impugnarlo, la reposición no es procedente.

Un caso concreto de esta eventualidad procesal, es el relativo a la legitimidad o no de los elementos probatorios de autos y su apreciación por el juez. Si la censura a la sentencia para lograr la reposición, supuestamente posible, es con base a una mala consideración de la prueba por aquella, por la sentencia, prueba improcedente, irregularmente hecha o prueba falsa (falso supuesto), Artículo 320 del Código de Procedimiento Civil nuevo, el remedio no es la reposición, sino el planteamiento en la formalización del recurso de casación del respectivo caso de excepción de acuerdo a la citada norma, desarrollándolo conforme a la técnica que ha establecido para esos fines la propia Corte.<sup>(40)</sup> técnica que a nuestro juicio no sufre ningún cambio por el hecho de que en el Artículo 320, citado, se hubiese concentrado, con ausencia de toda metodología en la elaboración de la norma jurídica y además, desconocimiento inexplicable, toda una útil tradición jurisprudencial de Casación sobre la materia, los casos contemplados en las tres ordinales del Artículo 345 del anterior Código.

3º) Reposición contra la intangibilidad de la cosa juzgada. Cuándo es posible?.

(40) Sentencia del 3-4-75, G. F. N.º 88, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 418 reiterada recientemente, sentencia del 26-4-84.

Advenida la cosa juzgada, "la única posible vía de impugnación es el juicio de invalidación".<sup>(41)</sup>

Es necesario enfatizar que la cosa juzgada que elimina toda posibilidad de reposición, es la que determina efecto vinculante, la que tiene "inmutabilidad y definitividad", la que en el campo doctrinario algunos autores califican de cosa juzgada material o sustancial.<sup>(42)</sup>

La precisión es indispensable, para evitar torcidas interpretaciones, a propósito de la observación que haremos posteriormente, en consideración a la doctrina de la Casación, conforme a la cual, no hay reposición si no se han agotado previa y oportunamente los recursos ordinarios contra el acto procesal irritado.

El criterio de Casación anteriormente expuesto, ha evolucionado hasta lograr su definición clara y categórica en la forma expuesta. Al principio, se expresó en forma genérica, como simple cuestión de oportunidad, al decir: que no puede haber reposición sino en las causas en curso, no en los juicios concluidos. En éstos cesa la jurisdicción de los Tribunales que han conocido de ellos.<sup>(43)</sup>

A propósito de la convalidación de los actos procesales anulables, Márquez Añez<sup>(44)</sup> se refiere a esta importante materia en los siguientes términos:

(41) Sentencia del 12-12-61, G. F. N.º 34, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 167 y Sent. del 19-7-67, G. F. N.º 57, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 194 y más recientemente, sentencia del 26-4-84.

(42) Humberto Cuenca, "Curso de Casación Civil" Tomo I, Pág. 182 y Hernando Devis Echandía, Obr., Cit., Pág. 374 consideran la clasificación de "Cosa Juzgada formal" y "cosa juzgada material", como nociva y anti-técnica no obstante reconocer que sigue siendo utilizada por renombrados procesalistas, Chiovenda, Calamandrei, Redenti. "La Cosa Juzgada en sentido sustancial consiste en la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad de la ley afirmada en la sentencia", según Chiovenda, "Principio de Derecho Procesal Civil". Tomo II. Pág. 460.

(43) G. Manrique Pacanins, Obr. Cit., Tomo cit., Pág. 287 referida a sentencias del 31-10-46, M. 1947. Pág. 287 referida a sentencias del 31-10-46, M. 1947. Pág. 440 y sentencia del 24-11-44, M. 1945, Pág. 287.

(44) Leopoldo Márquez Añez, "Motivos y Efectos de Recurso de Forma en la Casación Civil Venezolana", Pág. 87. Conforme Aristides Rengel-Romberg, Obr. Cit., Tomo cit., Pág. 89.

“Este tema de la convalidación de los actos anulables es corrientemente relacionado con el de la cosa juzgada, en el sentido de que la cosa juzgada tiene un efecto saneador de cualesquiera vicios, pues una vez que ella ha surgido, no existe ya recurso alguno, ni vía procesal de ninguna especie, para denunciar la irregularidad, visto que en nuestro sistema de procedimientos, las nulidades tienen que solicitarse aprovechando el medio ordinario de la apelación, o el extraordinario de casación. De consiguiente, agotados o no ejercidos estos medios procesales para denunciar la nulidad, el efecto preclusivo de la cosa juzgada hace imposible la revisión de la causa, no quedando más que la vía especial de la invalidación, de los casos previstos por el Artículo 729 CPC. Esa tesis, en todo sentido correcta, ha sido la sostenida por la Sala desde hace muchos años, siendo de interés tener en cuenta que dicha tesis fue establecida para desvirtuar los intentos de reabrir procesos ya concluidos por el no ejercicio de algún recurso, buscando con ello la subsanación de faltas y descuidos imputables a la propia negligencia de la parte o de sus representantes”.

Se había pretendido, repetidamente, impugnar la juridicidad del criterio anterior, bajo el alegato de que la cosa juzgada no puede surgir con sus efectos preclusivos definitivos, sino cuando el proceso se ha cumplido con absoluta regularidad legal. El criterio había sido sustentado a propósito de la situación que se presentaba cuando estando la causa paralizada, Artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, anterior, una de las partes pedía su continuación, y el órgano jurisdiccional, sin cumplir el imperativo deber que la norma le imponía de citar previamente a la otra parte para la continuación del procedimiento, procedía a la prosecución de éste y producía sentencia definitiva a espaldas de la parte no citada, en virtud de lo cual, ésta no hacía uso de los recursos legales propios y se producía la cosa juzgada, con los señalados efectos de intangibilidad y definitividad.

Se alegaba, para sustentar tal tesis, que el derecho de defensa tiene consagración constitucional, Artículo 68 de la Carta Fundamental. De donde no podía haber cosa juzgada sino se ha cumplido lo que Couture <sup>(45)</sup> llamó “la garantía constitucional del debido proceso”.

(45) Citado por Hernando Devis Echandía, Obr. Cit., Pág. 287.

Casación siempre se había negado en forma rotunda a admitir ese criterio. Había constituido a la cosa juzgada advenida, en valla infranqueable para la reapertura del proceso, como lo hemos indicado, así en éste hubiese dejado de cumplirse la formalidad de la notificación a la otra parte, cuando estando la causa paralizada fuese solicitada su continuación, por más que en tal caso fuere evidente la flagrante violación del antiguo Artículo 158 del Código de Procedimiento Civil.

Es lo cierto que en tal supuesto, la situación para la parte no notificada resulta realmente grave, porque tampoco tenía el recurso de invalidación, toda vez que la propia Casación se ha negado a aceptar la aplicación analógica del caso contemplado en el Artículo 729, causal 1<sup>a</sup>., de aquél Código.

En sentencia de fecha 18-12-85, Casación abandonó su anterior reiterada doctrina, y con base a dos premisas fundamentales, negó el atributo de cosa juzgada material o sustancial con el carácter de definitivamente firme a la sentencia dictada con violación del referido Artículo 158 del Código anterior; esto es, por haber sido dictado el fallo definitivo en una causa paralizada, pedida su continuación, pero sin notificación para ello de la otra parte.

Esas premisas fundamentales, en las cuales Casación sustenta su nueva doctrina son las siguientes:

En primer término, la naturaleza y alcance descollante, con dominio eminente, de derecho de defensa, elevado al altísimo rango de derecho constitucional; y en segundo lugar, la aquiescencia del concepto doctrinario, ya señalado, conforme al cual, no puede surgir cosa juzgada material o sustancial sino como consecuencia de un proceso regular y legalmente conducido, sin violación de las normas formales de orden público que lo legitiman, y precisamente, aquellas que salvaguardan el derecho de defensa. Cuando la sentencia definitiva aparece viciada por esa previa y manifiesta violación del derecho de defensa, cuando se produce, en consecuencia, como resultado de un acto procesal absolutamente nulo, la cosa juzgada no es propia, sino aparente.

Así dice Casación:

“Esta Corte observa, que viene dándose frecuentemente el caso de que por desaplicación de ciertas normas procesales, cuya observancia determina la eficacia del de-

recho de defensa, este derecho resulta frustrado, en su virtualidad procesal, pues, como en el caso de autos, se da la situación de que se pronuncie una sentencia definitiva en cualquiera de las instancias sin el consentimiento de la parte perdidosa, que en la ignorancia de su pronunciamiento queda impedida de recurrir contra ella dentro de los perentorios términos legales; y por pretender una cosa juzgada substancial, inadmisibles desde todo punto de vista, pues habiéndose encontrado la parte perdidosa en la imposibilidad de conocer el advenimiento del acto trascendental de sentencia, el término de apelación no pudo transcurrir, y en consecuencia, mientras ese término no hubiere transcurrido válidamente, la decisión no podrá haber adquirido los atributos de la cosa juzgada.

En concepto de este Alto Tribunal, no hay cosa juzgada mientras el lapso para apelar pudiera estar vivo. La admisión de tales casos excepcionales, no implica el irrespeto al concepto tradicional de la cosa juzgada, pues para la revisión de presuntas sentencias que la contengan, deberán siempre concurrir una situación gravemente anormal en la formación de la sentencia y un fundamento serio para poder pedir la nulidad de la misma.

Por otra parte, para que los bienes jurídicos de los ciudadanos protegidos por el ordenamiento legal, puedan ser preservados realmente, es indispensable que su defensa, consagrada como derecho eminente de rango constitucional, como se ha expresado, haya podido ser ejercida cabalmente en los procesos judiciales, sin menoscabos ni restricciones, ni mediante actos irregulares o anómalos, pues así como la anomalía no puede engendrar acto recto, tampoco la violación de la norma puede engendrar derecho; y como garantía constitucional que es, el derecho de defensa consagrado por el Artículo 68 de la Carta Magna, cada vez que ese derecho, reglamentado por las normas adjetivas del procedimiento civil, fuere conculcado, se causa la invalidez de las actuaciones judiciales correspondientes.

En otras palabras, cada vez que fueren violadas aquellas normas o preceptos, en cuyo cumplimiento estuviere interesado el orden público, por tener la finalidad de conceder oportunidades para el ejercicio de fa-

cultades procesales defensivas, tales como alegatos, recursos, promociones, peticiones, etc., tales violaciones infectan de invalidez a las actuaciones por defensa omitida, es decir, las hace anulables. En tales casos, el recurso extraordinario de casación se hace procedente, mediante la denuncia de violación de normas de procedimiento y la casación del fallo dictado por esa violación, deberá declararse con lugar por esta Corte, por ser competencia suya, como órgano supremo del poder judicial, conforme al numeral 3º del Artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, y por ser procedente el recurso cuando el fallo atacado hubiere producido indefensión, o menoscabado el derecho de defensa de una de las partes; así como también, compete a esta Corte, la atribución de velar por la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia, y específicamente, cuando le fuere demostrada la violación del derecho de defensa por transgresión o desaplicación de formas procesales que lo garanticen, casar la decisión írrita y establecer en el caso concreto la doctrina aplicable y conducente a asegurar a la parte agraviada por la indefensión, el goce pleno en el proceso de su derecho de defensa, mediante el ejercicio cabal de las facultades procesales que le hubieran sido impedidas por anomalías procesales, pues el derecho de defensa, por ser en sí mismo una garantía constitucional, es también expresión y consecuencia de la garantía de igualdad de los ciudadanos ante la ley y de la recta aplicación de ésta, más aún, en el caso de especie, de la propia Constitución”.

Pero percatada Casación, de la gran trascendencia de su nueva doctrina, en tanto en cuanto vulnera la fuerza de la cosa juzgada, tal como se la ha entendido en el concepto tradicional, por más que conforme a su renovado criterio, en tales casos, el carácter de cosa juzgada en la sentencia, no es propio sino aparente, en resguardo de la firmeza de las sentencias, base de la seguridad jurídica, la revisión de la sentencia protegida sólo en apariencia por la cosa juzgada, quedó sometida a dos correctivos esenciales:

En primer lugar, por existir identidad, en causa y efecto, respecto al recurso de casación que se intentare contra la sentencia aparentemente favorecida por la cosa juzgada y el de invalidación en los términos de las causales 1ª. y 2ª. del Artículo

729 del Código de Procedimiento Civil, derogado, se estableció como lapso de caducidad el de treinta días, para que la parte perjudicada interponga su recurso, a contar desde la fecha en que hubiere tenido conocimiento cierto de la actuación fraudulenta o irrita que configuró su indefensión, o desde que se haya verificado en los bienes del impugnante cualquier acto de ejecución de la sentencia respectiva, todo conforme al Artículo 743 del Código de Procedimiento Civil, anterior.

#### Dijo al efecto Casación:

“Mientras exista la posibilidad procesal de que dentro de los términos previstos por el Código de Procedimiento Civil pueda ejercerse y ser admitido el recurso de casación, podrá la parte perjudicada hacerlo en procura de la rehabilitación de su derecho de defensa. Pero, en caso contrario, si tales términos procesales estuvieren vencidos, y pronto haber podido ser impugnado el procedimiento a causa del efecto de actos procesales irritos que han hecho nugatorio su derecho de defensa, podrá la parte perjudicada, si se le niega el recurso de casación aduciendo la aparente cosa juzgada, interponer el recurso de hecho contra dicha negativa de la alzada, e impugnar la decisión denegatoria de su apelación dentro de la incidencia del recurso de hecho, como ha ocurrido en esta causa. Mas, debe advertirse que tal posibilidad está limitada por la voluntad del legislador, expresada en el Código adjetivo, en la norma del artículo 743 del Código de Procedimiento Civil, exclusivamente a un término no mayor de treinta días, desde que la parte perjudicada haya tenido conocimiento cierto de la actuación fraudulenta o irrita que constituyó su indefensión o desde que se haya verificado en los bienes del reclamante cualquier acto de ejecución de la sentencia dictada en el juicio en que se causó la indefensión.

La aplicabilidad de esta norma se fundamenta en que el legislador estableció, como términos máximos para impugnar por invalidación las sentencias firmes, los establecidos en los Artículos 742 y 743 del Código de Procedimiento Civil, para los respectivos casos que determinó en ellos, por lo que la Sala considera que por cuanto en los casos de anulación de una sentencia aparentemente firme, pero irrita por ser el producto de indefensión, a causa de error o fraude en la citación o notificación, la

naturaleza y el carácter del recurso de casación, que en el fondo es igualmente una demanda de nulidad, son los mismos por sus causas y efectos, que la acción de invalidación de sentencia firme. Y existiendo tal identidad en cuanto al carácter y naturaleza de las causas y efectos procesales en ambas situaciones, lógicamente tienen que estar igualmente subordinadas al supuesto normativo que es común y el cual somete a un plazo determinado de caducidad, la impugnación contra la sentencia aparentemente firme.

Por todo lo dicho, la Sala considera que, en sana lógica procesal, el indicado término no mayor de treinta días, también es aplicable cuando, como en el caso de autos, se plantea, como cuestión de procedimiento prioritaria y principal, la anulación de la sentencia”.

En segundo lugar, al cursar el recurso de casación contra la sentencia aparentemente protegida por la cosa juzgada, el formalizante deberá, prioritariamente, denunciar la infracción de las normas referentes a la no existencia de la cosa juzgada, a la imposibilidad, por la violación del derecho de defensa, de que aquella hubiese surgido. De no plantearse, previamente, las denuncias propias sobre esa materia, o si formuladas fuesen declaradas sin lugar, seguramente, por impropia formalización, por carencia de la técnica requerida, Casación no entrará a conocer de ninguna otra denuncia que pudiere haber sido propuesta.

#### Al respecto dijo Casación:

“Si cursare el recurso de casación, bien porque fuese admitido desde su anuncio original; o bien, como consecuencia de haber prosperado el recurso de hecho introducido contra la negativa de oírlo, el formalizante deberá, en primer lugar, hacer las denuncias correspondientes y propias sobre la cuestión relativa a la no existencia de la cosa juzgada material o substancial en la sentencia aparentemente firme, por estar viciado ese fallo en cuanto vulnera el derecho de defensa de consagración constitucional. Si sobre tal cuestión no se formulare en forma previa ninguna denuncia de infracción o planteadas éstas fuesen declaradas sin lugar, no podrá entrar la Sala a la consideración de ninguna otra denuncia que pudiera incidir sobre cualquiera otro asunto relativo a la controversia de fondo”.

A nuestro criterio, aún cuando en el nuevo Código, no existe la regulación expresa respecto a la causa en suspenso con la amplitud establecida en el artículo 158 del derogado, pensamos que conforme al artículo 14, concordado con los Artículos 202 y 233 del nuevo, la figura de la causa en suspenso persiste en el nuevo ordenamiento y para su reanudación a solicitud de una de las partes sigue siendo requisito indispensable la notificación a la otra parte. La situación contraria conduciría a una flagrante violación del derecho de defensa y también, al de la seguridad de legítimo proceso, como lo planteó Casación en la comentada sentencia. En su consecuencia, a nuestro parecer, de producirse la situación de la continuación de una causa en suspenso, por el solo requerimiento de una de las partes, sin la notificación de la otra, se estaría en el supuesto que propicia la procedencia de aplicación de la citada nueva doctrina de casación. Podría sostenerse, inclusive que la legitimación de esa doctrina, ahora es tanto más evidente, si se toma en cuenta que conforme al Artículo 320, aparte cuarto, del nuevo Código, la Corte, de oficio, puede casar el fallo por violación de normas constitucionales.

#### REPOSICION NO DECRETADA Y REPOSICION INDEBIDAMENTE DECLARADA

Es patente que las señaladas situaciones se refieren a dos figuras distintas, y aun cuando puede sostenerse que el legislador se refiera en forma expresa, sólo a la primera, en el Título III del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, (reposición en aspecto negativo), Casación tiene establecido, refiriéndose a la semejante regulación anterior sobre la materia, que allí está ínsita la segunda (reposición en aspecto positivo). (46)

La impugnación de la sentencia, en casación, mediante el recurso propio, obliga en ambos casos, a denunciar en la formalización, además de la norma que concretamente requiere la denuncia de la existencia del vicio, Artículos 207 y 208 del Código de Procedimiento Civil nuevo, la de la norma o normas cuya violación configura el vicio en el correspondiente acto procesal, o por el contrario, en su correcta aplicación, descartan el vicio atribuido por el juez al acto procesal supuestamente írrito para el caso de la reposición indebidamente declarada. (47)

(46) Sentencia del 19-2-81, G. F. N°. 111, Vol. III, Terc. Etp., Pág. 1.175 que reitera doctrina anterior y posteriormente ratificada. José Santiago Núñez Aristimuño, Obr. Cit., Pág. 116.

#### LEGITIMACION ACTIVA

Se ha dicho que como consecuencia de la exigencia del principio de la estabilidad de los juicios, así como del otro, el de la economía procesal, la nulidad de los actos y la consiguiente reposición del proceso, debe ser excepcional; corolario de ellos es, a su vez, el hecho de que, la reposición, por regla general, no se decreta sino a instancia de parte, doctrina del Artículo 212 del Código de Procedimiento Civil. (Salvo el caso de infracción de normas de orden público).

La parte legitimada a tal fin, es la agraviada, o sea, la parte a quien el vicio del acto procesal o el acto procesal írrito, causa un perjuicio, y por ello, tiene interés en la anulación del acto; pero esa legitimación se descalifica cuando el acto resulta viciado por la propia culpa de esa parte o cuando ésta lo hubiese consentido, a menos que, se repite, el vicio del acto procesal involucre al orden público.

La legitimación de la parte agraviada para solicitar la declaración de la nulidad del acto viciado y la consiguiente reposición, tiene una especial connotación en cuanto a la alegación del vicio del acto procesal y la consiguiente solicitud de reposición de Casación, en el sentido, que en el caso ordinario, el planteamiento no es posible formularlo ante el Alto Tribunal, sino cuando a los mismos fines, nulidad del acto y reposición, la parte correspondiente, lo hubiese alegado en la instancia y hubiese agotado, para hacer valer su pretensión, los recursos ordinarios. (48)

Se ve, pues, que cuando la parte ha dado causa a la falta, de manera expresa, conforme lo contenido de la fórmula legal, "o que la hubiese expresa o tácitamente consentido", de acuer-

(47) Sentencia del 14-10-66, Seg. Etp., Vol. Co. Pág. 250.

(48) Sentencia del 21-11-1907, M. de 1908, Tomo I, Pág. 390, citada por G. Manrique Pacanins, Obrs., Cit., Pág. 436; y Sentencia del 5-11-57, G. F. N°. 18, Seg. Etp. Vol. Co., Pág. 115 reiterada entre otros fallos por el de fecha 15-2-84.

do a la interpretación dada por Casación, como se verá <sup>(49)</sup>, consentimiento que se produce, bien por pasividad absoluta ante el acaecer del acto írrito o porque ocurrido éste, en primera instancia, no se hizo uso del recurso de apelación ante el Superior, se opera la convalidación del acto viciado. Así mismo, la convalidación deviene cuando, abstenida la parte de reclamar contra el acto viciado, por el contrario, confirma su aceptación del mismo, concurriendo a la realización de actos posteriores dentro de la secuela del proceso. <sup>(50)</sup>, Artículo 213 del Código nuevo.

Pero, cabe preguntar, la convalidación es siempre posible.?

Si el vicio es de orden público, ni la presunta convalidación de la parte ni una decisión interlocutoria del juez puede subsanarlo, esta decisión no comporta cosa juzgada substancial o material, la cual sólo adviene por sentencia definitiva firme, única que goza de inmutabilidad. Por ello, la parte agraviada por el acto procesal viciado en materia de orden público puede hacer por primera vez en Casación el planteamiento de la nulidad de dicho acto y la solicitud de la consiguiente reposición, aun cuando lo hubiese consentido.

En ninguna materia de orden público puede haber cosa juzgada en instancia pendiente el recurso de casación. Las infracciones de normas de esa naturaleza pueden alegarse por primera vez en Casación. Más aún, en salvaguarda del orden público y del ordenamiento constitucional, el Artículo 320, aparte cuarto, del nuevo Código, autoriza a Casación para casar de oficio la sentencia, cursando el recurso extraordinario, cuando encuentre que en el fallo recurrido se violaron normas atañedoras a las materias indicadas.

#### REPOSICION EN CASACION POR VICIOS EN LA SENTENCIA DEL SUPERIOR EN RELACION A LOS ARTICULOS 243 Y 244 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Casación le ha reconocido al Artículo 162 del Código de Procedimiento Civil, de 1916, equivalente a los Artículos 243 y 244

(49) Post. N° 55.

(50) Sentencia del 21-10-58, G. F. N° 12, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 17 y Sentencia del 12-12-67, G. F. N° 58 Vol. Co., Pág. 734. Más recientemente, Sentencia del 15-2-84.

del Código Recientemente aprobado, una especial jerarquía señalándolo como norma de orden público, <sup>(51)</sup> carácter derivado, precisa mente de la circunstancia, que el Artículo 210 del Código de Procedimiento Civil dispone que cuando el vicio de la sentencia por violación del Artículo 244 del mismo Código, ocurriera en la sentencia del Superior (dentro de nuestro actual sistema de la doble instancia) en un juicio en que fuere admisible y se intentare y formalizare el recurso de casación, corresponderá decretar la reposición al estado de dictarse nueva sentencia, a la Corte Suprema de Justicia, en sala de Casación Civil, al decidir el recurso.

Vigente el anterior Código, la reposición en ese caso era eventual, porque dependía de la procedencia del recurso en cuanto a la técnica apropiada utilizada en la formalización, pues la declaratoria de reposición no podía ser de oficio, sino como resultado del éxito del recurso de casación intentado y formalizado. <sup>(52)</sup>

Vigente el nuevo Código, admitido que las normas de los Artículos 243 y 244 son de orden público, de acuerdo al criterio de Casación, por lo que respecta a la equivalente del Artículo 162 del Código anterior, conforme a lo dispuesto en el Artículo 320, aparte cuarto, del actual, es evidente que, formalizado un determinado recurso, Casación puede, de oficio, declarar violadas esas normas de orden público y casar el fallo.

#### REPOSICION A PETICION DE PARTE

Hemos sostenido que el acto nulo crea una crisis en el proceso, de diferentes grados, de acuerdo a las razones oportunamente expuestas, y como la estabilidad del proceso es principio fundamental, lo hemos reiterado, la nulidad de los actos procesales y la consiguiente reposición, propiamente dicha, se establece por el legislador a título excepcional, lo cual se patentifica

(51) Sentencia del 24-5-62, G. F. N° 36, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 96 y del 20-5-81, G.F.N° 112, Vol. II, Terc. Etp., Pág. 1.249.

(52) Para el supuesto concreto, caso del Artículo 231 del Código derogado, Casación negó que esa norma contemplaba un caso de casación de oficio. José Santiago Núñez Aritimuño, Obr. Cit., Pág. 33.

za, por una parte, porque no hay reposición sino cuando se trata de la nulidad de una sentencia; cuando la ley expresamente fulmina con la nulidad al acto írrito o cuando éste es esencial a la validez de los actos subsiguientes; y por otra parte, porque no hay reposición ni aun respecto a un acto aislado, sino a instancia de parte, Artículos 212 y 213 del Código de Procedimiento Civil, nuevo.

La regla tiene tres excepciones en cuanto que en ellas el juzgador puede proceder de oficio:

1º) Cuando el quebrantamiento que determina la nulidad del acto aislado o de los subsiguientes a él es referente a leyes de orden público, lo cual no podrá subsanarse ni aun con el consentimiento expreso de los litigantes.

Ya se ha señalado que para Casación son de orden público las relativas al orden y formalidades substanciales del procedimiento (53); y es oportuno agregar que la expresión "consentimiento expreso de las partes", usado en la norma, Artículo 212 del Código de Procedimiento Civil, según Casación, no significa que sea en forma "escrita" o cuando menos, "de palabra", es decir, expuesta, sino que la conducta de los litigantes al efecto sea "clara y distintamente", indubitable. (54)

2º) Cuando a la parte contra quien obra la falta no se le hubiere citado para el juicio; y

3º) Cuando la parte no hubiese sido citada para la continuación del juicio paralizado.

Los dos últimos casos operan a su vez, porque la nulidad se produce en cuanto se atenta contra el derecho de defensa, el cual sí es de orden público inminente por tener consagración constitucional.

Ya se ha visto la extraordinaria virtualidad y alcance que Casación le ha dado a ese derecho.

(53) Ver Ret. N.º. 20.

(54) José Enrique Machado, "Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación", Pág. 899, Tomo II, relativa a sentencia del 7-5-58, G. F. N.º. 20, Seg. Etp., Vol. Co., Pág. 132.

La nulidad procesal tiene un efecto inmediato conforme al cual, el acto procesal pierde su eficacia en el proceso, se tiene como no acontecido y resulta privado de sus efectos normales; y un efecto mediato, esto es, la rectificación del acto anulado, es decir, rehacerlo desde el principio "de modo que el nuevo acto tenga el requisito que faltaba, o cumplir otro acto el cual le agregue aquel requisito". (55)

Como consecuencia de esos efectos, cuando la reposición es declarada, procedente en Casación, y por tanto, la recurrida es nula, aquella ha resuelto, que si en la formalización del correspondiente recurso de casación, se han planteado otras denuncias de fondo, no tiene objeto el examen de éstas, lo cual es ahora solución por norma expresa, Artículo 320, segundo aparte, del Código nuevo.

Por la misma lógica, ha sido decidido que si los presuntos motivos de reposición a los cuales se refieren las normas denunciadas en la formalización pueden conducir a un retroceso del proceso a diferentes estados de éste, basta con examinar y resolver las denuncias que al prosperar, retrotraen el proceso al estado más remoto. (57)

#### OTROS CRITERIOS DE CASACION SOBRE LA MATERIA DE REPOSICION

Los requisitos formales de la sentencia.  
Aplicación del Artículo 243 del Código de Procedimiento Civil en las sentencias de reposición.

(55) Manuel Morón Palomino, Obr. Cit., Pág. 199. F. Carnelutti, "Instituciones del Proceso Civil", Pág. 539.

(57) Sentencia del 8-3-35, M. 1936, Pág. 273 citada por G. Manrique Pacanins, Obr. Cit., Tomo Cit., Pág. 198. Ver José R. Duque Sánchez, Obr. Cit., Pág. 190, José S. Núñez Aristimuño, Obr. Cit., Pág. 73.

Sobre el asunto la casación ha expuesto:

“Ahora bien, el deber que la Ley impone a los jueces de expresar los fundamentos del fallo no se contrae exclusivamente a las sentencias de condena, constitutivas o mero declarativas, sino que tal obligación rige igualmente para las sentencias de reposición dictadas en lugar y en la oportunidad en que debía emitirse la sentencia sobre el fondo (definitivas formales), puesto todo fallo judicial requiere una motivación o expresión de los razonamientos lógicos y jurídicos que sirvan de sustentación a la parte dispositiva. En las definitivas formales -entre las cuales se agrupa la recurrida- la motivación no podrá referirse, naturalmente, a las cuestiones de fondo conforme al Artículo 163 del Código de Procedimiento Civil. Pero en todo caso el sentenciador debe determinar el vicio en que a su juicio haya incurrido en su decisión el Juez de la causa, como premisa necesaria para decretar la reposición del proceso.

Ahora bien, en el caso de especie, los sentenciadores no indican en qué ha consistido el presunto vicio de falta de decisión expresa, positiva y precisa sobre cuestión debatida que imputan al fallo de Primera Instancia, ni tampoco expresan cuál era el problema de fondo que, con arreglo a la acción y a la contradicción, ha debido resolver el Juez de la causa, por lo que, en el caso de que fuere necesario revisar la legalidad de la reposición acordada, el censor no estaría en capacidad de saber si el análisis que la Primera Instancia hizo del documento -aludido vagamente en la recurrida- para fijar su naturaleza de público o privado encaja o no en la relación procesal debatida, o si tal punto era el único sometido por las partes al Juzgador o si éste lo había suscitado oficiosamente por estimarlo una cuestión de derecho. En resumen, el fallo impugnado en casación no contiene la requerida motivación en que ha debido fundamentarse su dispositivo, y en consecuencia, los jueces que lo dictaron incurrieron indiscutiblemente en la infracción de los Artículos 162 del Código de Procedimiento Civil que exige, entre los requisitos formales de la sentencia, el de contener los fundamentos en que se apoye; y quebrantaron, asimismo, el Artículo 163 ejusdem, conforme al cual la reposición debe basarse en “algún motivo legal”

que no fue expresado por los Jueces en el presente caso”. (58)

Es preciso dejar claramente establecido, para evitar equívocos sobre la verdadera inteligencia del criterio de Casación en esta materia, que la exigencia en cuanto a la aplicación del Artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, equivalente al 162 del Código de 1916, está referido, en las sentencias repositorias, solamente a la necesidad de la fundamentación para sustentar el dispositivo de reposición, como claramente lo expuso Casación en la sentencia cuyos párrafos se han transcrito; en ningún caso, el requerimiento está solicitado en cuanto a los otros requisitos que señala el Artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, nuevo: decisión conforme a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas; la cosa sobre la cual recae la decisión. A todas estas cuestiones es a las cuales se ha referido Casación en otros fallos cuando ha decidido que en las sentencias de reposición no es necesario cumplir con la citada norma. (59) Ello es obvio, por cuanto los vicios en la decisión, por ausencia de estos últimos requisitos, no pueden estructurarse sino en las sentencias que resuelven el fondo de la controversia, en tanto que, en las de reposición, sólo es imprescindible señalar por el juez el vicio que la hace procedente, con exposición de los motivos que configuran ese vicio, de acuerdo a la ley.

No hay reposición por no haberse dictado acumulación.

Con el fundamento relativo a que la solicitud de acumulación es independiente a la acción deducida y extraña, por consecuencia, al fondo del asunto debatido en el proceso, la Casación ha sostenido que la falta de pronunciamiento por el juez de mérito sobre una solicitud de esa especie, no anula su sentencia y por lo tanto, esa omisión no amerita reposición. (60)

(58) Sentencia del 27-4-67, G. F. N° 56, Seg. Etp. Vol. Co., Pág. 347, reiterada en sentencia del 19-5-81 y G. F. N° 112, Vol. II, Pág. 1.181.

(59) Sentencia del 21-5-68, G.F. N° 60, Seg. Etp. Vol. Co., Pág. 298 confirmada en sentencia del 21-3-85.

(60) Sentencia del 14-8-68, G. F. N° 61, Seg. Etp. Vol. Co., Pág. 441, confirmada en sentencia del 9-5-84.

En la etapa de ejecución de la sentencia no puede haber reposición.

En la doctrina de Casación se ha establecido, que la finalidad perseguida por la revisión en ella, de los asuntos sobre ejecución de sentencia, es la preservación de la inmutabilidad de la cosa juzgada, para evitar el legislador que el juez ejecutor, al resolver sobre puntos nuevos y esenciales, altere lo ejecutoriado, porque, a título general, no hay casación sobre los autos dictados en ejecución de sentencia, sino cuando versen sobre puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en él o que se provea contra lo ejecutoriado o lo modifique de manera sustancial, después que contra ellos se hayan agotado todos los recursos ordinarios, Ordinal 3º del Artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, nuevo. Por tales razones, ha sostenido Casación, que la solicitud de reposición para anular una sentencia definitivamente firme, por sí misma, no es una cuestión nueva y esencial, sino un subterfugio, un medio inadmisibles y antijurídico del cual la parte pretende valerse para desconocer la autoridad de la cosa juzgada. <sup>(61)</sup>

Casado un fallo por cuestión de fondo, el Reenvío puede dictar una reposición.

Lo resuelto por Casación, en su fallo, es obligatorio para el juez de reenvío, pero el cumplimiento de la doctrina contenida en ese fallo de Casación, no es fatal, no es definitivamente insoslayable.

Por consecuencia del efecto general del recurso de Casación, el reenvío asume plenitud de jurisdicción, con la sola limitación de respetar la doctrina de la Casación en lo que hubiese sido materia del recurso y dentro de los límites de lo resuelto y censurado por ella. Por consecuencia, si el reenvío encuentra que ha habido violación de ley de orden público que afecte de nulidad al procedimiento o aun, de disposición que no tuviere esa naturaleza, pero que vicia el correspondiente acto procesal, debe, en el primer supuesto, de oficio, y en el segundo, a solicitud de parte, decretar la reposición, por cuanto con tal conduc-

(61) Criterio reiterado, sentencias del 5-5-59, del 15-6-67 y del 6-10-76 y más recientemente del 28-10-82, G. F. N.º. 118, Vol. II, Pág. 1.019.

ta no vulnera la cosa juzgada que ampara la doctrina que fijó Casación sobre el fondo del asunto. <sup>(62)</sup>

La tesis antes expuesta, acogida por Casación, según se señaló, fue vigente no obstante la existencia en el Código de Procedimiento Civil derogado, del Artículo 439 que declaraba obligatorio para el reenvío lo resuelto por Casación al declarar con lugar el recurso. Ahora, el Artículo 322 del nuevo, establece esa obligatoriedad expresando que la doctrina del fallo de Casación "tanto estimatoria como desestimatoria es vinculante para el juez de reenvío".

Ahora bien, debe entenderse, que cuando la nueva norma se refiere a la doctrina desestimatoria del fallo de casación, debe serlo en concepto de desestimatoria parcial, esto es, respecto a alguna o algunas de las normas denunciadas, pero siempre con base a que el recurso por otras infracciones prosperó y la sentencia recurrida fue casada, porque si el recurso es declarado sin lugar, no hay oportunidad de reenvío y conforme lo establece el propio Artículo 322, segundo aparte, párrafo final, lo procedente es la ejecución, y por ello la Corte lo remitirá directamente al Tribunal la cual corresponde la ejecución, junto con el expediente respectivo.

En los casos de desestimatorias parciales en el fallo de Casación, pero con doctrina estimatoria en el mismo fallo, desde luego, sobre otras infracciones, con base a la cual, el fallo de instancia es casado, es nuestro criterio, que la doctrina de la casación atinente a la libertad del reenvío para dictar una reposición por infracción de precepto de orden público, sigue siendo procedente, porque con tal conducta no se aparta de la doctrina de la Casación, sino que al asumir la vocación general de la causa, por ser nula la sentencia original de la instancia, que fue casada, el reenvío, para preservar el orden público, decreta la reposición, sin tocar la doctrina de la Corte.

(62) Sentencia del 2-5-56, G. F. N.º. 12, Seg. Etp. Vol. Co., Pág. 57. José S. Nuñez Aristimuño, "La Institución Procesal del Falso Supuesto, Doctrina y Jurisprudencia". Pág. 15.