

El Laberinto de las Nulidades Procesales

RÓGER E. ZAVALA RODRÍGUEZ
Presidente del Instituto de Investigación
"Foro Jurídico", y miembro del
Estudio Zavaleta Cruzado & Asociados.
Trujillo - Perú.

En cada uno de nosotros cohabitan, de la manera más arbitraria, la justicia y la impunidad; somos fanáticos del legalismo, pero llevamos bien despierto en el alma un leguleyo de mano maestra para burlar las leyes sin violarlas, o para violarlas sin castigo. (Gabriel García Marquez. "Misión de Ciencia, Educación y Desarrollo". En: El Tiempo, Santa Fe de Bogotá, 24 de Octubre de 1999.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que cualquier justiciable interpone una demanda hasta que obtiene una sentencia, e incluso después de expedida una resolución con autoridad de cosa juzgada, transita por diversas instituciones que, de una u otra manera, se vinculan con un aspecto que no atañe al fondo de la controversia, sino que toca temas como la defensa de forma, los juicios de admisibilidad y procedibilidad; y, en general, aquellos vinculados con el debido proceso.

En el momento de la calificación de la demanda, por ejemplo, el juez puede declarar su rechazo *in limine*, si

es manifiesta la invalidez de la relación procesal que el actor pretende establecer o advierte la ausencia de las mal llamadas condiciones de la acción. Si, pese a esto, se produce la *litis contestatio*, el demandado puede denunciar el defecto por medio de las respectivas excepciones. El despacho saneador constituye el tercer filtro para purgar al proceso de los vicios o anomalías que atenten contra su normal desarrollo. Pero, aún con todas estas previsiones legales, es posible que en su trámite surja algún *error in procedendo*¹ trascendente, en cuyo caso las partes o los terceros con legítimo interés pueden servirse de algunos medios impugnatorios y solicitar la anulación del acto procesal afectado². Por último, y excepcionalmente, el juez puede expedir sentencia pronunciándose sobre la validez de la relación procesal³. Y si el proceso culminado produce indefensión, ahí se encuentran la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta y el amparo contra resoluciones judiciales para invalidar los actos viciados y reponer las cosas al estado que corresponda.

Como vemos, para que el proceso constituya un instrumento de tutela jurisdiccional efectiva, los legisla-

¹ "El error in procedendo, también llamada vicio de actividad, se produce como consecuencia de la incorrecta aplicación, errónea interpretación o inaplicación de una norma procesal, a diferencia del error in iudicando que alude a la infracción de una norma de derecho material". (MONROY GÁLVEZ, Juan. "Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil" En: *Ius Et Veritas*, N° 5, revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUC, Lima, 1993, p. 22).

² Nos referimos a la nulidad como recurso o remedio, al de apelación cuando lleva implícita una nulidad, y, al de casación por causa de violaciones al debido proceso, cuya efecto es la invalidación de los actos viciados.

³ C.P.C., Artículo 121 - Decretos, autos y sentencias: "[...] Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal."

dores han dotado a los justiciables con diversos mecanismos de defensa, a través de los cuales se busca que éstos protejan sus intereses, fiscalizando la existencia de una relación jurídico - procesal válida, la posibilidad de que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento, también válido, sobre el fondo de la controversia y la tramitación del proceso en forma regular. Esto que constituye el aspecto formal del proceso resulta ser, ineluctablemente, requisito para el examen sobre la fundabilidad de la pretensión y la justicia que él proporciona como instrumento de la jurisdicción⁴.

El cuidado de la forma en el proceso, entonces, no es un tema que atañe únicamente a las partes, en defensa de sus derechos e intereses, sino también al juzgador, en ejercicio de sus poderes y cumplimiento de sus deberes. Aquí es donde se revela con mayor nitidez la naturaleza pública del proceso y las potestades con las que se halla investido el juez; ya que, a diferencia del rol que desempeña en el tema de fondo, en lo referido a la forma le corresponde un papel mucho más activo, derivado del principio de dirección y la necesidad de que las partes observen siempre un "fair play".

Uno de los instrumentos con los que cuenta el juzgador para evitar un dramatismo procesal más allá de lo que supone la ley y las estrategias abogadiles enmarcadas en ella, está constituido por el tema de las nulidades procesales. El saneamiento del proceso, los recursos de apelación y casación, así como las pretensiones impugnatorias de resoluciones judiciales, se vinculan estrechamente con este instituto; el mismo que, cuando es utilizado por los justiciables, se constituye, junto a las excepciones, en una defensa de for-

ma. La competencia, acumulación, intervención de terceros, litisconsorcio, notificaciones y muchas otras categorías, se relacionan, también, con las nulidades procesales.

La trascendencia de las nulidades dentro de la teoría general del proceso es, por tanto, incuestionable, como innegable es el giro de ciento ochenta grados que la regulación sobre la materia dio a partir del C.P.C. En la actualidad, el juez cuenta con un instrumento importantísimo como es el saneamiento procesal, el cual sumado a sus facultades sancionadoras, le permiten evitar que la nulidad sea empleada para defraudar los derechos de los justiciables. Nuestro Código ha ido, pues, a la par con los nuevos vientos que soplan sobre el tema, enrubrándolo hacia lo que en teoría hoy se considera como su norte: la protección del debido proceso.

En esta ruta, la doctrina concuerda en que la anulación o invalidación de un acto procesal implica un análisis antelado de la existencia de un agravio ilegítimo, un error trascendente o un estado de indefensión causado por dicho acto, y que esto determina privarlo de sus efectos -*nullum est quod nullum effectum*-. Pero el terreno se vuelve escabroso y se multiplican las discrepancias cuando se pretende establecer cuáles son los vicios que originan a la nulidad procesal: si son únicamente los vicios extrínsecos o de forma⁵, o son también los vicios intrínsecos o de contenido⁶. Algo similar ocurre cuando se intenta precisar los grados de ineficacia que se dan al interior de un proceso: si las nulidades son sólo relativas⁷ o las hay también absolutas⁸, si para determinados casos se

⁴ Cfr. FAIREN GUILLÉN, Víctor. "Doctrina general del derecho procesal", Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 335.

⁵ Cfr. ALSINA, Hugo. "Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", T. I 2da. Edic., Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 627; y COUTURE, Eduardo. "Estudios de Derecho Procesal Civil", Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 374.

⁶ Cfr. BERIZONCE, Roberto. "La nulidad en el proceso", Platense, La Plata, 1967, p. 25.; MAURINO, Alberto L. "Nulidades procesales", 2da reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 16; PEYRANO, Jorge W. "Vicios que pueden generar nulidades procesales". En: *Revista de Derecho privado y Comunitario*, N° 08, Santa Fe, Enero - Abril, 1995, p. 349; y LEDESMA, Angela Ester. "Nulidades Procesales". En: *Revista de Derecho privado y Comunitario*, N° 08, Santa Fe, Enero - Abril, 1995, pp. 331 -332.

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis A. "Nulidades procesales", 2da Edic., Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 32; IBÁÑEZ FROCHA, Manuel. "Tratado de los recursos en el proceso civil", Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 172.; PODETTI, Ramiro. "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral". T. II, Tratado de los Actos Procesales, Ediar, Buenos Aires, 1955, p. 481 y ss. En el mismo sentido: Alsina, Palacio, Liebman y Fassi, citados por MAURINO, Alberto L. Op. Cit., p. 32.

⁸ Cfr. COUTURE, Eduardo. "Fundamentos de derecho procesal civil", 3ra Edic., Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 377 y ss.; OVALLE FAVELA, José. "Teoría general del proceso", 2da. Edic., Harla, México D.F., 1994, 293; GÓMEZ LARA, Cipriano. "Teoría general del proceso", 8va Edic., Harla, México D.F., 1990, p. 332; VESCOVI, Enrique. "Teoría general del proceso", Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1984, p. 299 y ss.;

justifica el empleo de la inexistencia⁹ o si - en cambio - debe ser rechazada¹⁰; y, por si fuera poco, ni siquiera sobre estos conceptos existe acuerdo.

Algunos asimilan a la nulidad de oficio con la nulidad absoluta y a la nulidad de parte con la relativa¹¹, otros sostienen que nada tienen que ver¹². Hay quienes dicen que la nulidad relativa es la convalidable y la absoluta la inconvalidable¹³, más se contraponen quienes señalan que las dos son convalidables¹⁴. Unos refieren que un acto es inexistente cuando adolece de un defecto tan esencial que compromete al acto en sí mismo¹⁵, pero de distinto parecer son los que expresan que la cuestión de la inexistencia se reduce a la confrontación del acto respectivo con la posibilidad de su acatamiento o vigencia¹⁶.

Visto de esta manera, el panorama doctrinario no es muy alentador. No obstante, encontrar el hilo de Ariadna que nos revele la buena orientación en este laberinto es primordial; pues, si, por ejemplo, en un proceso operó la convalidación ya no será procedente interponer ninguna nulidad o, si fuera el caso, ninguna de las pretensiones impugnatorias establecidas por nuestro ordenamiento jurídico. Ahora, para concluir si en un caso hubo o no convalidación es requisito *sine qua nom* definir, previamente, el presupuesto,

la finalidad, los principios y las modalidades de la nulidad procesal. Y ni qué decir de la inexistencia que -en opinión de muchos- al no ser convalidable, ni sujeta a preclusión ni prescripción, no hace cosa juzgada; y, por tanto, puede ser deducida en cualquier momento¹⁷.

El C.P.C. - es bueno que así sea - no califica a las nulidades procesales, sino que deja esta labor a criterio de los magistrados, entre quienes tampoco existe consenso, probablemente como reflejo de lo que ocurre en una doctrina polarizada e irreconciliable. Esta situación, aunada a la escasez de estudios nacionales sobre la materia¹⁸ y a las razones expuestas en los párrafos que anteceden, hacen impostergable una solución clara; y, por supuesto, acorde con nuestra realidad. El presente ensayo constituye un intento por lograr dicho objetivo.

II. LAS NULIDADES PROCESALES Y EL DEBIDO PROCESO COMO PRESUPUESTO Y FIN DE LAS MISMAS

Si hay algo en que los autores están absolutamente de acuerdo respecto a las nulidades procesales es su utilidad práctica como instrumento de resguardo al debido proceso. "Donde hay indefensión hay nulidad; si

QUINTERO y PRIETO. "Teoría general del proceso", T. II, Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 188; RIVAS, Adolfo, "Tratado de los recursos ordinarios", T. II, Editorial Abaco de Rodolfo De Palma, Buenos Aires, 1991, p. 675; LEDESMA, Angela Ester. Op. Cit., p. 337. Coinciden con ellos. Gelsi Bidart, Rosenberg, Prieto Castro; y, Maurino. Citados por TICONA POSTIGO, Víctor. "Análisis y comentarios al Código Procesal Civil", T. I, Grifley, Lima, 1995, p. 316.

⁹ Cfr. RIVAS, Adolfo. Op. Cit., p. 672 - 673; VESCOVI, Enrique. Op. Cit., p. 301; BERIZONCE, Roberto Omar. Op. Cit., pp. 55 - 56; y, RODRÍGUEZ, Luis. Op. Cit., pp. 37 - 68. Coinciden: Chiavenda, Rocca, Palacio, Alsina, Sánchez, Fassi, y Colombo. Citados por MAURINO, Luis A. Op. Cit., pp. 22 - 23.

¹⁰ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex. "Garantía constitucional de la defensa procesal", J.M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 397 - 401. En nuestro país RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson también se muestra reuente a aceptar el empleo de la inexistencia en el plano procesal (Ver: "El saneamiento procesal", En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° II, Lima, 1998, p. 532.)

¹¹ Cfr. QUINTERO y PRIETO. Op. Cit., p. 188; RIVAS, Adolfo. Op. Cit., p. 675. Coinciden: Chiavenda, Liebman y Redenti, citados por ALSINA, Hugo. Op. Cit., p. 632 y ss.

¹² Cfr. RODRÍGUEZ, Luis A. Op. Cit., p. 33.

¹³ Cfr. COUTURE, Eduardo. "Fundamentos..." Op. Cit., p. 391 y ss; y, QUINTERO y PRIETO. Op. Cit., p. 188.

¹⁴ VESCOVI, Enrique. Op. Cit., p. 301.

¹⁵ PAYA, Fernando Horacio. "Fundamento y trascendencia de las nulidades procesales", Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 95; y, RODRÍGUEZ, Luis A. Op. Cit., p. 41.

¹⁶ PALACIO, Lina Enrique. "Derecho procesal civil", T. IV, 4ta reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 152 y 153.

¹⁷ Cfr. PALACIO, Lina Enrique. Op. Cit., p. 154; COUTURE, Eduardo. "Fundamentos..." Op. Cit., p. 377; y, OVALLE FAVELA, José. Op. Cit., p. 294.

¹⁸ A partir de la vigencia del C.P.C., pocos son los autores peruanos que se han ocupado de tratar el tema de las nulidades procesales; a saber: ARRARTE ARISNAVARRETA, Ana María. "Alcances sobre el tema de la nulidad procesal". En: *Ius Et Veritas*, N° 11, revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUC, Lima, 1996, pp. 127 - 135; TICONA POSTIGO, Víctor. Op. Cit., p. 314 - 331; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. "Nulidades procesales", Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999; y, CARRIÓN LUGO. "Tratado de derecho procesal civil", T. I, Grifley, Lima, 1999, pp. 387 - 428. Entre los autores extranjeros, sólo uno ha tratado el tema desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico. (Vid SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. "Nulidad procesal". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° II, Lima, 1998, pp. 559 - 570).

no hay indefensión no hay nulidad", nos decía ALSINA¹⁹; en frase que resume el avance de un esquema extremadamente rígido a otro en donde la tipicidad de las nulidades procesales se ha visto matizada por su instrumentalidad²⁰. Hoy lo que interesa, en definitiva, es si se han transgredido efectivamente las garantías procesales, no siendo necesaria la sanción legal expresa para que el juez invalide un acto, ni bastando el mero acaecimiento de un vicio para que declaren la nulidad.

Ahora bien, si el presupuesto para que el juzgador invalide un acto procesal consiste en que éste haya vulnerado el derecho a un debido proceso, el asunto es: ¿cómo determinamos si ese acto ha causado indefensión?. La respuesta no es sencilla, pues el debido proceso tampoco es un tema pacífico en la doctrina²¹. Sin embargo, a riesgo de soslayar importantes discusiones, a continuación vamos a absolver esta interrogante del modo más claro y sucinto que nos sea posible.

Toda persona al acceder a un proceso, solicitando tutela efectiva por parte del Estado, goza de un conjun-

to de derechos con implicancias procesales, que le aseguran la posibilidad de sostener argumentalmente su respectiva posición y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas; en esto radica la dialéctica procesal. Si el actor formula una pretensión contra el demandado es imprescindible que éste posea la posibilidad de contestarla, de la misma manera, si el demandado interpone una excepción, la parte actora tiene derecho a réplica. Nótese, pues, como es consustancial a la dialéctica, la igualdad de armas con que se enfrentan los justiciables.

Esta situación de igualdad, salvo obvias y necesarias limitaciones²², debe encontrarse presente a lo largo de todo el proceso, pues de otro modo se generarían nulidades. Y es que, si son las partes quienes aportan al proceso los hechos materia de la controversia, las pruebas y los argumentos jurídicos con los que buscan la adhesión del juez hacia la postura que defienden²³, resulta lógico y necesario que ante un suceso que sitúe al demandante o al demandado en un estado de desigualdad para defenderse -vg. la falta de notificación, este hecho sea invalidado.

¹⁹ ALSINA, Hugo. Op. Cit., p. 652. Concordante con esta tesis, Maurino expresa: "[...] donde exista perjuicio, estará siempre el agravio, la transgresión al derecho de defensa, que es en definitiva el fundamento de este presupuesto nullo. Y las nulidades tendrán como misión enmendar esos perjuicios efectivos, surgidos de la desviación de los métodos del debate" [MAURINO, Luis Alberto. Op. Cit., p. 49]. Sobre lo mismo puede revisarse: PALACIO, Lina Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación". T. IV, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe, 1989, pp. 524-525; RIVAS, Adolfo. Op. Cit., p. 677; LEDESMA, Angela Ester. Op. Cit., p. 328 - 320 y 333; y MICHELI, Gian Antonio. "Curso de Derecho Procesal Civil", Vol. I, Parte General, Trad. de Santiago Sentis Melendo, EJE, Buenos Aires, 1970, p. 322.

²⁰ "Una valoración de la casuística demuestra como el peso del sistema de nulidades ha abandonado la dogmática de presupuestos y requisitos del acto y se orienta básicamente hacia el respeto de las garantías constitucionales. Estamos pues a un paso de generalizar la regla de que la nulidad del acto procesal deriva de la infracción de garantías fundamentales y poca más". (RAMOS MÉNDEZ, Francisco. "El sistema procesal español", J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 360.) En el mismo sentido, pueden revisarse: QUINTERO y PRIETO. Op. Cit., p. 184; y GARNICA MARTÍN, Juan F. "Nulidad de actuaciones después de sentencia firme". En: Justicia, N° I, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 912).

²¹ La naturaleza jurídica del debido proceso, ya sea como garantía, principio o derecho fundamental, su contenido y sus límites, especialmente su demarcación con la tutela judicial efectiva, han merecido por parte de los procesalistas variopintas opiniones, al punto de considerarlo como un concepto jurídico indeterminado (García Enterría), una noción jurídica de contenido variable (Perelman), un estándar jurídico (De Bernardis) y una cláusula general y residual o subsidiaria (Almagro Nosedo). En España incluso se sostiene que, por obra del Tribunal Constitucional, la tutela judicial efectiva ha terminado por subsumir aspectos que en otros ordenamientos jurídicos se consideran propios del debido proceso, de modo que éste ha resultado "siri virtualidad práctica" (Moreno Catera). Sobre lo mismo, Carocca considera que, "(...) hasta ahora no se ha establecido con claridad, el contenido que dicha garantía tiene o debería tener en el sistema procesal español, ni por la doctrina, ni, especialmente, por la jurisprudencia constitucional, que utiliza la fórmula "proceso debido", en forma que quizás podría calificarse de anárquica". Cf. HOYOS, Arturo. "El debido proceso", Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 4; DE BERNARDIS, Luis M. "La garantía procesal del debido proceso", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1995, p. 394; CAROCCA PÉREZ, Alex. Op. Cit., p. 159 y 170; y MORENO, CORTÉS Y GIMENO. "Introducción al derecho procesal", 2da Edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 170. Al respecto, también pueden revisarse: CHAMORRO BERNAL, Francisco. "La tutela judicial efectiva", J.M. Bosch, Barcelona, 1994, 443 pp.; PICÓ I JUNOY, Joan. "Las garantías constitucionales del proceso", J.M. Bosch, Barcelona, 1997, 173 pp.; y ESPARZA LEIBAR, Iñaki. "El principio del proceso debido", J.M. Bosch, Barcelona, 1995, 258 pp.

²² En materia procesal existen supuestos de contradicción retardada, como el caso de las medidas cautelares, que se conceden *inaudita pars*. También existen casos de contradicción limitada; el caso típico es el de los procesos ejecutivos, en los que no es posible formular contradicción con argumentos basados en la relación causal. Cf. CAROCCA PÉREZ, Alex. Op. Cit., p. 83; PEYRANO, Jorge W. "El proceso civil", Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 154 - 155; y CHICHIZOLA, Mario. "El debido proceso como garantía constitucional". En: *Revista Jurídica La Ley*, T. 1893-C, Buenos Aires, 1983, p. 915.

²³ Cfr. GHIRARDI, Olsen. "El razonamiento judicial", Academia de la Magistratura, Lima, 1997, p. 40 - 41 y 62 - 66; y PERELMAN, Chaim. "Lógica jurídica y la nueva retórica", Civitas S.A., Madrid, 1979, p. 133 y ss.

Entonces, para que podamos hablar de debido proceso ambas partes deben tener la misma posibilidad de formular alegaciones y probarlas²⁴. Es aleatorio, por tanto, que el derecho de defensa se haga efectivo; de modo que si la parte interesada no lo hizo valer, por omisión o negligencia, no existe indefensión²⁵. Ésta tampoco se presenta si el justiciable no usa todas las armas de las que dispone²⁶ o las utiliza con impericia²⁷.

Una buena pauta para establecer si existe desigualdad en el contradictorio; y, por ende, indefensión, consiste - generalmente - en descubrir la presencia de un error *in procedendo*, en tanto son las normas procesales las encargadas de regular -de manera razonable-²⁸ el tiempo, lugar y modo de actuación de las partes.

Pero, la simple presencia de un vicio no configura por sí misma indefensión, resulta indispensable, también, que ese vicio sea trascendente; es decir, que determine un resultado probablemente distinto en

“Adviértase, finalmente, que se excluye como causa de indefensión a los ‘errores in iudicando’, en tanto ellos se relacionan con el fondo del litigio y no con la forma procesal, que otorga seguridad jurídica a los justiciables”

la decisión judicial, de lo contrario la eficacia de la dialéctica procesal y la igualdad que ella supone no se vería afectada.

Habrán casos en que no será posible descubrir un error *in procedendo*, por falta de una norma aplicable a un determinado supuesto. Ante estas situaciones el Juez deberá integrar la norma procesal, otorgando a ambas partes la posibilidad de ser oídas.

Adviértase, finalmente, que se excluye como causa de indefensión a los errores *in iudicando*, en tanto ellos se relacionan con el fondo del litigio y no con la forma procesal, que otorga seguridad jurídica a los justiciables²⁹. Así, y aunque suene paradójico, la sentencia podría adolecer de una indebida interpretación,

errónea aplicación o inaplicación de la ley material, y a causa de esto ser injusta, pero proveniente de un proceso regular³⁰. Es más, si bien puede existir un proceso debido y, sin embargo, in-

²⁴ El Tribunal Constitucional español sobre el particular dice que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa “[...] de las partes contendientes o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad, por otra parte ya reconocida legalmente antes de la Constitución, y expresado bajo el clásico principio procesal *nemine damnatur sine audiat*, se conculca, como ha señalado este tribunal cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales para su defensa -S de 23 de noviembre de 1881, R189/1981-, proscribiendo la desigualdad de las partes -S de 23 de abril de 1981, R 202/1981-, por contener tal norma un mandato dirigido al legislador y al intérprete en el sentido de promover la contradicción -S de 31 de marzo de 1981, R197/1981-”. (STC 4/1982, de 8 de febrero. Citada por CAROCCA PÉREZ, Alex. Op. Cit., p. 49).

²⁵ Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando. “Teoría general del proceso”, T. II, Universidad, Buenos Aires, 1985, p. 225; ALSINA, Hugo. Op. Cit., p. 458; PEYRANO, Jorge W. Op. Cit., p. 147; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”, 2da. Edic., Civitas S.A., Madrid, 1984, p. 150; CHAMORRO BERNAL, Francisco. Op. Cit., p. 118.

²⁶ “[...] tampoco es posible admitir indefensión en relación al contenido de una resolución judicial cuando los afectados por ésta ni siquiera han tratado de utilizar en su defensa los instrumentos procesales que la legislación les ofrece...” (ATC 36/1984, de 25 enero, FJ 4; JC VIII, pág. 751). En: CHAMORRO BERNAL, Francisco. Op. Cit., p. 118).

²⁷ “[...] no sufre indefensión quien pudiendo defender sus intereses legítimos por medio de las distintas armas que le ofrece el ordenamiento no usa de ellas con la pericia técnica suficiente” (STC 60/1983 de 6 de julio, FJ 1, BOE 9/883; JC VI, pág. 300). O cuando se utiliza “[...] con imprecisión los instrumentos y recursos que el ordenamiento ha puesto a su disposición, es decir, cuando la razón de la supuesta indefensión aparece ocasionada, voluntaria o negligentemente, por el presunto indefenso (entre otros, Autos de 2 de mayo de 1984, 23 de noviembre de 1983 y 24 de noviembre de 1982)” (ATC 587/1984 de 10 de octubre, FJ, JC X, pág. 740. En: Loc. Cit.).

²⁸ Para hablar de debido proceso no sólo basta una aplicación razonable de la ley, sino también una elaboración razonable de la misma. Un proceso legal podría ser eventualmente violatorio del debido proceso, si el legislador ha consagrado formas que atenten contra los derechos fundamentales de los justiciables. En estos casos el juzgador debe hacer uso del control difuso y declarar la inaplicabilidad de la norma irrazonable o inconstitucional. Cfr. LINARES JUAN, Francisco. “Razonabilidad de la leyes”, 2da. Edic., 1ra. reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 241; BERNAL CUELLAR, Jaime. “El debido proceso y esquema procesal colombiano”. En: XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1996, pp. 236 - 243; BIDART CAMPOS, Germán. “La Corte Suprema”, 1ra. reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 118; CAROCCA PÉREZ, Alex. Op. Cit., p. 23 y 55 - 73; CHAMORRO BERNAL, Francisco. Op. Cit., p. 28; y MIXAN MASS, Florencia. “El debido proceso y el procedimiento penal”, Parte II, p. 3; ensayo extraído, vía Internet, de la *Revista Electrónica de Derecho Penal*.

²⁹ Si una nulidad se funda en errores *in iudicando*, ésta será improcedente. Cfr. RIVAS, Adolfo. Op. Cit., p. 692.

³⁰ Para estos casos nuestro ordenamiento jurídico ha previsto el proceso de responsabilidad civil de los jueces, cuyo efecto no se orienta a la rescisión del proceso afectado por el error judicial, sino a la reparación del daño por la vía indemnizatoria. Al respecto, es puntual la distinción que hace MORELLO, cuando dice: “[...] frente al error *in iudicando* se instala el error *in procedendo*. Aquel apunta a la justicia a mérito mismo de las decisiones judiciales, éste se replega a los déficits de actividad en el proceso”. (Citado por RODRÍGUEZ, Luis. Op. Cit., p. 26).

justo, es poco probable que pueda darse el caso contrario: un proceso indebido y, no obstante, justo; ya que la injusticia es un concepto estrechamente ligado al proceso indebido o irregular. Esto explica por qué la forma del proceso es requisito *sine qua nom* para el examen sobre la fundabilidad de la pretensión.

III. BUSCANDO LA SALIDA DEL LABERINTO

Hasta aquí, hemos descrito la problemática que se presenta respecto a las nulidades procesales y analizado el papel que le corresponde al debido proceso como presupuesto y fin de las mismas. A no dudarlo, este último punto es el rasgo que las diferencia claramente respecto a sus parientes las nulidades civiles; y, en tal virtud, constituye el punto de referencia que guiará nuestro camino.

Ciertamente, el trayecto no es fácil; hay que transitar por un marasmo de posiciones y taxonomías, muchas de ellas importadas del derecho civil³¹, pero nos reafirmamos en que una argumentación basada en el tópico precedente contribuirá a que arribemos a buen paradero³². El análisis del objeto de la invalidación también nos dará luces para encontrar la salida de este laberinto³³; pues, si bien existen muchas similitudes entre el acto jurídico civil y el procesal, este vínculo también determina características que ameritan un tratamiento singular y hasta una teoría propia³⁴. Finalmente, a esto hay que añadirle el estudio de los principios que rigen a las nulidades procesales. No olvidemos que ellos informan la normativa y la disciplina de una institución; y, en este sentido, le otorgan autonomía o, al menos, delimitan su espectro.

IV. EL ACTO PROCESAL

4.1. Concepto

Aunque resulta de perogrullo decirlo, toda nulidad procesal recae inevitablemente sobre un acto procesal, el que, a su vez, es una especie del acto jurídico. Por eso es imprescindible estudiar, primero, al objeto de la invalidación, tomando como punto de partida los datos proporcionados en sede civil. Esta dependencia ideológica, sin embargo, no debe acompañarnos a lo largo de todo el trayecto, pues la naturaleza pública de la rama que nos ocupa y las características que le son inherentes imponen, como hemos dicho, una teoría propia.

El acto procesal, antes que nada, es una situación fáctica con incidencia en el proceso. Al igual que en el campo civil se trata de un hecho jurídico; es decir, de un acontecimiento capaz de producir efectos en el derecho, específicamente en el derecho procesal. Esta eficacia proviene de su concreción como hipótesis de una norma o como materialización de un principio, aunque advertimos que la doctrina no suele considerar a este último caso, lo cual es una visión fragmentaria del derecho.

Los acontecimientos con relevancia jurídica pueden ser indiferentes al proceso o pueden influir en él. Si ocurre esto último, o sea, si aquéllos tienden directamente a la constitución, desarrollo o extinción de una relación procesal, estamos en presencia de un hecho de la misma calidad. Es necesario que el hecho jurídico tenga por objeto uno de esos fines, pues de lo con-

³¹ Esta es una de las razones de la confusión en torno a las nulidades procesales. Cfr. CAMUSO, Jorge: "Nulidades procesales", 2da Edic., Ediar Ediciones, Buenos Aires, 1983, p. 24.

³² "Persistentemente se advierte el surgimiento de un nuevo régimen de nulidad procesal, cuya dogmática está en gran medida por construir, basado precisamente en la vinculación de esta sanción, no al cumplimiento de determinados requisitos más o menos formales del acto procesal, sino a la falta de respeto de los derechos fundamentales de naturaleza procesal" (CAROCCA PÉREZ, Alex. Op. Cit., p. 387 y 388).

³³ "[...] al momento de definir el acto procesal ha de identificarse la concepción y contenido del mismo, no para que exista un regocijo en la propia figura, sino para definir otras instituciones procesales, como el caso de las nulidades procesales o el principio dispositivo" VISALOT LEVANO, Pablo. "El acto jurídico en sentido estricto y los actos procesales". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° III, Lima, 1999, p. 225 - 226.

³⁴ Cfr. VESCOVI, Enrique. Op. Cit., p. 247; y GOZAINI, Osvaldo A. "La conducta en el proceso", Platense, La Plata, 1988, p. 226.

trario no podría dársele el calificativo de procesal, como ocurre, por ejemplo, con el poder para actuar en un proceso otorgado ante notario público³⁵.

El hecho procesal puede provenir de la naturaleza (el transcurso del tiempo, la muerte de una parte, la destrucción de documentos, etc.) o del hombre. Cuando es humano, voluntario y, además, reúne los otros requisitos del acto jurídico, se trata de un acto procesal. En este sentido, COUTURE³⁶ lo define como "(...) el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales".

En tanto el acto jurídico realiza el supuesto de hecho de una norma procesal; o, en términos más generales, concreta el ordenamiento jurídico que regula u orienta al proceso, produce efectos directos e inmediatos al interior de éste; y, en consecuencia, adquiere la categoría de acto procesal.

4.2. *El acto procesal y sus diferencias con el acto jurídico civil*

Las similitudes entre el acto jurídico, entendido desde la perspectiva del derecho civil, y el acto procesal son muchas. Pero, este vínculo también determina características especiales. En principio, el acto procesal está limitado al tiempo y al espacio del proceso, fuera de éste no tiene existencia³⁷. Esta particularidad le imprime naturaleza pública³⁸, la cual se manifiesta en el conjunto de formalidades requeridas para su validez. En los actos jurídicos civiles, especialmente en los patrimoniales, los fines que se persiguen con su realización son, por lo general, de carácter privado; y,

por ende, las exigencias formales son la excepción. Esto no sucede con los actos procesales, en los que la finalidad buscada es de trascendencia pública; y, debido a ello, las formalidades son la regla.

Por otro lado, el carácter proyectivo y sistematizado del proceso implica que los actos procesales, a diferencia de los actos jurídicos civiles, sean, muchas veces, interdependientes o concatenados, de modo que la invalidez de uno puede producir la nulidad de sus consecuentes. Esta característica supone, a la vez, un orden para su inserción en el proceso, pues cada acto procesal debe ser realizado en la etapa y oportunidad correspondientes, las mismas que una vez transcurridas impiden que él se vuelva a realizar (principio de preclusión).

Finalmente, la naturaleza del proceso como relación jurídica, señala otra diferencia importante, cual es que los actos procesales, a diferencia de los actos jurídicos civiles, se encuentran siempre sujetos a la posibilidad de contradicción.

Conforme es fácil percibir las distinciones entre el acto jurídico civil y el acto procesal son principalmente extrínsecas, pero hemos de concordar con GOZAINI³⁹ en que la línea divisoria es más difusa y hasta inexistente cuando se analiza el contenido de este último, según veremos a continuación.

4.3. *Elementos del acto procesal*

La estructura del acto procesal consta de dos elementos: continente y contenido. El contenido viene dado por la manifestación de voluntad del agente, así como por su causa y objeto. Pero todo ello es abstracto, in-

³⁵ Cfr. GUASP, Jaime. "Derecho Procesal Civil", 4ta. Edic., revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonese, T. I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998, p. 242; ALSINA, Hugo. Op. Cit., p. 607; y DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit., pp., 449 - 450.

³⁶ COUTURE, Eduardo. "Fundamentos...". Op. Cit., p. 202.

³⁷ "Sólo son actos procesales los que se realizan dentro del proceso. De éstos, unos dirigen sus efectos a él y otros solamente repercuten en el mismo, porque afectan al objeto sobre el que versa (como el allanamiento, la renuncia, la transacción, etc.). En este sentido ciertos actos realizados fuera del proceso, aunque luego hayan de desplegar su eficacia en él, como el otorgamiento de poder al Procurador, obtención de certificados para solicitar el beneficio de justicia gratuita, etc. no son actos procesales" (PIETRO - CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. "Derecho Procesal Civil", Vol. I, 3ra. Edic., 1ra. reimpresión, Tecnos, Madrid, 1978, p. 115.) En parecidos términos se expresa MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción al proceso civil", T.I., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 181.

³⁸ Cfr. PAYÁ, Fernando Horacio. Op. Cit., p. 49 - 52; y MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción...". Op. Cit., pp. 54 - 55.

³⁹ GOZAINI, Osvaldo A. Op. Cit., p. 228.

corpóreo, subjetivo, por ello requiere de un modo de exteriorización, de algo que revista, contenga u objetivice a ese ente inmaterial; esto es, la forma. Estudiemos cada uno de estos elementos.

4.3.1. La manifestación de la voluntad

Este elemento constituye la esencia misma del acto procesal; sin él, por más incidencia en el proceso que un acontecimiento jurídico pueda lograr, siempre será un hecho procesal y nada más.

El proceso de formación de la voluntad es puramente interno, subjetivo, psicológico y requiere que el sujeto cuente con discernimiento, intención y libertad. El primero, porque le permitirá juzgar sus propias acciones; la segunda, en la medida que impulsa la producción del acto y sus efectos; y, la tercera, en cuanto supone que el agente actúa en forma espontánea, sin nada que coacte su facultad de decisión.

Como observamos, los elementos para estructurar la voluntad son iguales a los de cualquier acto jurídico. No es este el lugar y el momento para referirnos a ellos, por lo que a la doctrina pertinente nos remitimos⁴⁰.

4.3.2. La causa

En el ámbito del proceso la causa no tiene las connotaciones que se evidencian en el derecho civil, pues aquí la voluntad negocial se halla fuertemente limitada por los efectos y los fines determinados por el plexo jurídico⁴¹. Y es que, como dice CORTES⁴², "los efectos jurídicos de todos los actos procesales se producen no tanto por la voluntad del sujeto agente como por obra de la propia ley procesal". No obstante estas limitaciones, el aspecto subjetivo de la causa,

conformado por el interés o propósito práctico de las partes, reviste significativa importancia, ya que es indicativo de la licitud o ilicitud del comportamiento de los sujetos que participan en el proceso.

En casos como los de abuso o fraude procesal, en los que la verdadera actitud del sujeto abusivo o fraudulento se oculta tras su aparente adecuación a las normas procesales, descubrir el auténtico fin con el que éste actúa equivale a determinar la efectiva configuración de esas categorías en el campo procesal. Pensemos, por ejemplo, en el caso de fraude por simulación, en el que un sujeto, con el propósito de evadir su deuda con un tercero, concierta con otro el inicio de un proceso sobre pago de beneficios sociales, así como la posterior interposición de una tercería de derecho preferente. En esta hipótesis el cumplimiento de las formalidades que establece el C.P.C.; esto es, el aspecto externo o extrínseco de los actos procesales, no sufre mella alguna; sin embargo, el contenido de dichos actos es, a todas luces ilícito, en razón del propósito oculto que con ellos se persigue.

La utilización del derecho para el fraude significa, cada vez más, el tejido de maniobras muy soterradas que externamente muestran visos de legalidad. El análisis de la causa resulta, entonces, importantísimo en situaciones en las que el juzgador se encuentra en una disyuntiva para determinar la licitud de algunos actos procesales o de todo un proceso.

Los procesalistas identifican a la causa con el interés⁴³, el mismo que no sólo es necesario como presupuesto para un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, sino también para la procedencia de los diversos actos procesales. Así, por ejemplo, no podrá solicitar una nulidad quien no ha sufrido un agravio o perjuicio de ningún tipo⁴⁴.

⁴⁰ Véase, por ejemplo: BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. "Derecho Civil", Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992, T. I, Vol. 2.

⁴¹ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción...". Op. Cit., p. 183.

⁴² MORENO, CORTEZ Y GIMENO. "Introducción...". Op. Cit., p. 276.

⁴³ Cfr. VÉSCOVI, Enrique. Op. Cit., pp. 252 - 253; PIETRO CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. Op. Cit., p. 116; GARROTE, Angel F. "Los actos jurídicos procesales". En: Estudios de nulidades procesales, Hammurabi, Buenos Aires, 1980, p. 44.; GUASP, Jaime. Op. Cit., p. 257; y, MORENO, CORTEZ Y GIMENO. "Introducción...". Op. Cit., p. 276.

⁴⁴ C.P.C.- Artículo 174º.- Interés para pedir la nulidad.- Quien formula la nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido.

3.3. El Objeto

El objeto es la materia sobre la cual versa el acto procesal. Este elemento puede estar relacionado con una persona (v.g. la denuncia civil, la curaduría procesal, etc.), con una cosa (v.g. la demanda con pretensión de dar suma de dinero, la medida cautelar de secuestro de un bien mueble, etc.) o con un hecho (v.g. los actos probatorios, la medida cautelar innovativa, etc.). Obviamente, dichos aspectos muchas veces no se presentan aislados, sino en concurrencia.

El objeto del acto procesal debe ser idóneo; o sea apto para lograr los efectos jurídicos, ya sea previstos por la ley o, en el caso de los negocios procesales, deseados por las partes. Asimismo, la materia sobre la que recae el acto procesal debe ser jurídicamente posible. Una sentencia expedida sobre un proceso concluido vía transacción judicial o una medida cautelar sobre un bien inembargable, para ejemplificar lo dicho, no gozan de validez; la primera, por carecer de idoneidad; y, la segunda, en virtud de una prohibición establecida por ley.

3.4. La forma

Como sabemos, el proceso es el conjunto concatenado y sistematizado de actos dialécticos. Siendo así, las manifestaciones de voluntad de los sujetos procesales no pueden hallarse libradas al azar o al desorden, ni pueden ser hechas sin respetar un determinado modo; muy por el contrario, ellas deben responder a las preguntas: cómo, dónde y cuándo, recurriendo para esto al sitio en el que se regulan las actuaciones procesales: la ley.

En casi todos los casos, son las leyes las que fijan las condiciones de lugar, tiempo y modo⁴⁵, conforme a las cuales debe materializarse la actividad de los sujetos que participan en el proceso; o sea, es el ordenamiento legal el que establece la forma de los actos

procesales y el que exige, además, la observancia de determinados requisitos que supeditan la eficacia de dichos actos. Esto último, que en doctrina se denomina "formalidad"⁴⁶, no ha tenido una evolución continua en el derecho, sino que ha sido el producto de marchas y contramarchas que han ido moldeando nuestro sistema actual.

El derecho romano, durante la etapa de las *legis actiones*, privilegió enormemente las formalidades; el procedimiento era oral y el más leve error en las palabras que se pronunciaban determinaba la pérdida del derecho. La época del procedimiento formulario fue un tanto más flexible; pues, por el descontento y desconfianza de los justiciables, se reemplazaron los actos solemnes por un documento escrito en el que se precisaban las fórmulas respectivas para resolver cada caso. Con el procedimiento extraordinario se dio una reducción mayor de las formalidades, como consecuencia de la simplificación procedimental que trajo consigo la desaparición de las etapas *in iure* y *apud in iudicem*.

En la época de las monarquías el rigor formal se volvió a imponer. Contra esto surgieron los partidarios del liberalismo que propugnaron la eliminación de toda formalidad y la vigencia del principio de libertad absoluta en las formas. No obstante, el movimiento pendular del devenir histórico nos llevó de nuevo al polo opuesto, rigiendo el principio de legalidad formal. Este principio fue fruto de la exégesis y del sistema privatístico, caracterizado por la supremacía del principio dispositivo y el mecanismo de la prueba tasada. La desconfianza en el juez y la búsqueda de la certeza absoluta en el derecho, fue lo que propició su vigencia.

A medida que fueron madurando las ideas procesales y se fue imponiendo el sistema publicístico, el juzgador dejó de ser una figura decorativa en el escenario procesal. La libertad de valoración probatoria y la de

⁴⁵ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción...". Op. Cit., p. 187; y ALSINA, Hugo. Op. Cit., p. 615.

⁴⁶ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción...". Op. Cit., pp. 186-188.

crucios judiciales mostraron una mayor confianza en el juez, quien hoy es visto como el director del proceso. Consecuentemente, ya no son los legisladores los que, de manera absoluta y definitiva, van a determinar las formalidades procesales, pues el juzgador tiene un amplio margen de discreción.

Un acto procesal, por ejemplo, puede que no haya sido realizado de acuerdo a la formalidad prevista en la ley, pero si el juez estima que el acto cumplió con su propósito, aquél mantiene su eficacia. Puede suceder, también, que la omisión de alguna formalidad no esté castigada con la invalidación del acto procesal, no obstante, si el juzgador considera que, por la falta de ese requisito, dicho acto no va a cumplir con su función, tiene la potestad para declararlo nulo.

Las formas, entonces, dejaron de ser un fin en sí mismas y hoy nos rige el principio de instrumentalidad, en virtud del cual el fin de los actos procesales es el que determina su validez o invalidez. Efecto de todo lo anterior, es también el principio de elasticidad o flexibilidad de las formalidades, que implica la adecuación de las exigencias formales al logro de los fines del proceso⁴⁷.

Ahora bien, la vigencia de los principios aludidos no significa que se haya eliminado el carácter legal o específico de algunas nulidades. Estamos, pues en un punto intermedio, lejos de los extremismos formales y de la época del libre albedrío judicial en la fijación de las formalidades. En la actualidad, incluso les está permitido a las partes fijar su propio procedimiento⁴⁸, claro en casos específicos que no son peligrosos para la tramitación de un proceso en forma regular. Así,

“Estamos, pues en un punto intermedio, lejos de los extremismos formales y de la época del libre albedrío judicial en la fijación de las formalidades”

por ejemplo, las partes están facultadas para convenir el sometimiento de su conflicto ante un juez distinto del lugar que corresponde, acordar una renuncia a recurrir, decidirse por una *casación per saltu*, entre otras.

V. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS NULIDADES PROCESALES.

Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que el medio impugnatorio más utilizado hoy en día, es la nulidad; y no precisamente porque abunden las infracciones a las leyes procesales, sino porque, desde la perspectiva de muchos abogados y litigantes temerarios, es una forma de eliminar a los actos judiciales que les resultan desfavorables y prolongar la actividad procesal.

La situación de este instituto resulta, por demás, paradójica; pues, si es aplicado en forma correcta, garantiza la eficacia del debido proceso, pero si su uso es pervertido e inconsecuente con los principios que le rigen,

provoca lo contrario: la violación del derecho fundamental que estaba destinado a proteger⁴⁹. He aquí la importancia de los principios que informan a las nulidades procesales y la necesidad urgente de su estudio. Veamos.

5.1. Principio de especificidad o legalidad

Este principio, sintetizado en el brocardo francés *“pas de nullité sans texte”*, implica que ninguna nulidad puede ser declarada si previamente no se encuentra contemplada en las leyes procesales. A decir de

⁴⁷ C.P.C. - Artículo IX.- Principio de Vinculación y Formalidad.- Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización del acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada.

⁴⁸ Ver el primer párrafo de la nota anterior.

⁴⁹ Por ejemplo, si el acto procesal cumpliera con su finalidad, y, sin embargo, fuera invalidado, se produciría una dilación indebida.

MAURINO⁵⁰, "(...) no basta que la ley prescriba una determinada formalidad para que su omisión o defecto origine la nulidad del acto o procedimiento. Ella debe ser expresa, específica".

El antecedente inmediato del principio bajo estudio lo encontramos en el Code Procedure Civil de 1806, el cual en su Art. 1030 prescribía: "Ninguna notificación o acto del proceso podrá ser declarado nulo si la nulidad no se encuentra formalmente pronunciada por la ley". Como es fácil intuir, los problemas originados por este principio, de incuestionables raigambres positivistas, no se hicieron esperar, y pronto la realidad demostró que era imposible prever todas las situaciones en las que un acto procesal ameritaba ser invalidado. Por lo demás, el principio de especificidad propició la utilización abusiva de la denominada "excepción de nulidad", en la intención del litigante malicioso de dilatar el proceso⁵¹.

Hoy, pasada la época del positivismo exacerbado y el predominio de la idea exegética de que el juez no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, la doctrina acepta pacíficamente la tesis de que, si bien es necesario que algunas nulidades sean expresas, existen otras factibles de ser declaradas cuando, aún faltando el texto legal expreso, el juzgador considera que se han incumplido formalidades que impiden al acto lograr su finalidad. Estas nulidades son conocidas como implícitas.

El Art. 171 del C.P.C. regula tanto a las nulidades expresas como a las implícitas, concordando el principio de especificidad con el de finalidad del acto procesal. Esta norma prescribe: "La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. Cuando la ley prescribe formalidad determina-

da sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido, si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito".

Si el juez reputa que los actos procesales cumplieron con su fin es porque estima que no hay perjuicio para la parte. De ahí se deriva el principio de trascendencia, expresado con el clásico aforismo francés: *pas de nullite sans grief*; o sea, no hay nulidad sin agravio.

5.2. Principio de trascendencia

La sola presencia de un vicio no es razón suficiente para que el juez declare la nulidad de un acto procesal, se requiere, además, que ese vicio sea trascendente; es decir, que determine un resultado probablemente distinto en la decisión judicial o coloque al justiciable en estado de indefensión. No procede, por tanto, la nulidad fundada en el mero interés de la ley, sino cuando la inobservancia de las formalidades del acto causa un daño que no puede ser reparado si no es por esta vía excepcional.

Con base en este principio, la doctrina y la legislación consideran que quien alega la nulidad debe expresar el perjuicio sufrido del que deriva el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado⁵². Así, pues, no son procedentes los pedidos de nulidad con la invocación genérica del agravio al debido proceso, aquellos que no acreditan el interés del impugnante en subsanar el acto procesal recurrido, así como los que no cumplen con probar la existencia del perjuicio cierto y actual que supone el acto viciado. No obstante lo expuesto, algunos autores opinan que la mención y la probanza del agravio se tornan innecesarias ante casos de nulidades expresas, pues entienden que el perjuicio está implícito en la calificación legal⁵³.

⁵⁰ MAURINO, Alberto Luis. Op. Cit., p. 35.

⁵¹ Cfr. CAROCCA PÉREZ. Alex. Op. Cit., p. 387.

⁵² Ver nota N° 44.

⁵³ "Los Quintas Jornados de Derecho Procesal Latinoamericanos de 1970 (Bogotá), por medio de su "Relación", traducida en las "Bases y Conclusiones", consideró como supuesto de excepción los casos de nulidad absoluta, pues el agravio está implícito en la calificación legal". (MAURINO, Luis Alberto. Op. Cit., p. 47 - 48).

Desde que cambiamos al texto por el agravio, como presupuesto para la declaración de nulidad, y al juez exegético por el juez director, ya no es necesaria la regulación taxativa de todos los motivos de nulidad que según criterio de los legisladores pudieran presentarse. En consecuencia, la nulidad expresa sólo debe ser usada en aquellos casos en que el incumplimiento de las formalidades conlleve, casi con seguridad, a la violación del debido proceso⁵⁴. Esto, sin embargo, no garantiza de modo absoluto que el acto no pueda cumplir con su función; y, por ende, discrepamos con quienes consideran que debe eximirse a los casos de nulidades taxativas de la expresión y acreditación del agravio.

5.3. Principio de finalidad del acto procesal

Un tema importante para discutir, con relación a lo anotado en el párrafo precedente, es si en nuestro contexto jurídico el agravio o la violación al debido proceso es el que determina siempre la invalidación de un acto. El punto se plantea en tanto parte de la doctrina considera que pueden existir actos procesales que, aún cayendo en supuestos de nulidades expresas, logran su finalidad⁵⁵. La pregunta es: ¿en estos casos procede declarar la invalidación de tales actos?

ANA MARIA ARARTE⁵⁶, citando a RODRÍGUEZ, opina que: "No hay nulidad, aún con norma expresa, cuando el acto, aún irregular, ha cumplido con la finalidad para la que estaba destinado". Criterio semejante posee TICONA⁵⁷, quien señala: "(...) no debe declararse la nulidad de un acto procesal en general, sino

obstante existir norma expresa que sancione la nulidad, el acto ha cumplido su finalidad para la cual estaba destinado".

El asunto resulta por demás controvertido si recordamos que nuestro C.P.C., al parecer, limita la vigencia y eficacia de los actos procesales, sólo para aquellos supuestos, no sancionados con la nulidad expresa, en los que la irregularidad del acto no afecta el cumplimiento de su fin. El segundo párrafo del Art. 171 del C.P.C. establece: "Cuando la ley 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".

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es más claro al respecto, pues prohíbe declarar la invalidez, aun en los casos de nulidades expresas, si el acto no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado⁵⁸. MAURINO⁵⁹, con base en este precepto nos dice: "El principio finalista tiene una doble formulación, vinculada a la eficacia del acto, que determina a su vez una doble característica de su función: a) *No basta la sanción legal específica, para declarar la nulidad de un acto, si éste no obstante su defecto ha logrado la finalidad a que estaba destinado* (función atenuadora e integradora); y, b) *No habiendo sanción legal específica, puede declararse la nulidad cuando el acto no ha cumplido su finalidad* (función autónoma)".

La Cámara Nacional Civil de Argentina, Sala A, coincidiendo con esta posición, expresa: "(...) la finalidad a que tienden los requisitos de los actos procesales no

⁵⁴ Nuestro C.P.C. establece expresamente la sanción de nulidad cuando en la audiencia de pruebas no se respeta el principio de inmediación (Arts. 1° del T.P. y 202); en los casos de incompetencia por la materia, la cuantía y el territorio, esta última cuando es imperio (Art. 35), en el supuesto de que el juzgador no observe el principio de motivación de las resoluciones judiciales (Arts. 50 y 611); y, en los demás casos previstos por los Arts. 68, 81, 108, 122, 165, 437, 521, 733, 741 y 805.

⁵⁵ Así por ejemplo, una resolución judicial en la que no se ha indicado el lugar y la fecha en que se expide, de acuerdo a lo previsto por el Art. 122 del Código, es una resolución nula, sin embargo, atendiendo a este principio, no podrá ser declarada como tal, toda vez que la subsanación del vicio no influirá en su sentido ni en sus consecuencias". (ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Op. Cit., p. 132).

⁵⁶ *Ibidem*, p. 131.

⁵⁷ TICONA POSTIGO, Víctor. Op. Cit., p. 319.

⁵⁸ Art. 169. Trascendencia de la nulidad.- Ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esa sanción.

Sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. No se podrá declarar la nulidad, aun en los casos mencionados en los párrafos precedentes, si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado.

⁵⁹ MAURINO, Alberto Luis. Op. Cit., p. 39.

es otra que la de salvaguardar el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Por consiguiente no puede haber declaración de nulidad cuando el acto impugnado, pese a su irregularidad, *exista o no expresa sanción* de esta ley, no ha afectado el mencionado derecho⁶⁰.

Si interpretáramos que la validez de un acto irregular que ha logrado su función está supeditado a que el mismo no se encuentre sancionado taxativamente con la nulidad, el resultado sería que, para los casos de nulidades expresas, el Art. 171 del C.P.C. se informa con el principio legalista de antaño; y, para los supuestos de nulidades implícitas, con el principio de finalidad del acto. Las implicancias prácticas de esta interpretación son enormes: 1) En el caso de una nulidad expresa ya no sería necesario alegar y acreditar el agravio, sino tan sólo la configuración del supuesto normativo; 2) La labor del juez se limitaría a subsumir el dato real en la hipótesis de la norma, sin entrar a valoraciones respecto a la finalidad del acto; y, 3) El acto irregular, así cumpla con su función, sería nulo cuando exista una prescripción taxativa de por medio. En materia de nulidades expresas regresaríamos a la época del *"pas de nullité sans texte"*.

No obstante lo expuesto, algunos autores consideran que si un acto viciado se subsume dentro de la hipótesis de una nulidad expresa, es imposible que cumpla con su fin, ya que el agravio está implícito en la calificación legal. Aunque algo hemos adelantado, es importante indicar que, si bien la regulación de las nulidades expresas debe ser restringida sólo para los casos que produzcan - casi con seguridad - un estado de indefensión, esto no garantiza que siempre sea así⁶¹. Con todo, las normas legales que regulan las nulidades taxativas, al ser ontológicamente generales y abstractas, no pueden prever las minucias del caso concreto, frente al cual el juez deberá crear una norma

particular. Por tanto, si del análisis de ese caso el juzgador estima que el acto irregular ha cumplido con su función, aún exista norma expresa, aquél será válido. No cabe, pues, una interpretación *contrario sensu* del Art. 171 del C.P.C, sino una interpretación finalista, que es la asumida por los procesalistas peruanos precitados.

5.4. Principio de convalidación

Por el principio de convalidación la parte perjudicada con el incumplimiento de una formalidad puede sanear el acto viciado, en forma expresa o tácita. Habrá convalidación expresa cuando la parte agraviada ratifica el acto viciado; la convalidación será tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo. Si la declaración de rebeldía, por ejemplo, se origina en la notificación defectuosa de la demanda, y el demandado, apersonándose inmediatamente al proceso, no interpone -en el mismo acto- la respectiva nulidad, operará esta clase de convalidación. Lo mismo ocurre si el juez omite proponer su fórmula conciliatoria y el supuesto perjudicado denuncia el defecto con posterioridad a la audiencia.

La convalidación tácita se fundamenta en el principio de preclusión, según el cual ciertas actividades procesales deben realizarse en determinadas etapas o plazos, luego de los cuales ya no es posible efectuarlas. Como expone MAURINO: "Si en tiempo y forma se pueden cuestionar las actuaciones y se guarda silencio, ello hace presumir conformidad con el trámite. Razones de economía y consecuentemente de celeridad procesal, así lo imponen". Aún más, "(...) frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el derecho". En tal sentido, si quien tiene la carga de im-

⁶⁰ Citada por RODRÍGUEZ, Luis A. Op. Cit., p. 94 - 95.

⁶¹ "En el art. 122 del C.P.C., relativa al contenido formal de las resoluciones judiciales, se sanciona con nulidad la emisión de circunstancias meramente accesorias, como la "del número de orden del expediente", "el plazo para su cumplimiento" o la "condena de costas", que implican meras irregularidades perfectamente subsanables sin necesidad de acudir a una declaración de nulidad" (SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, Op. Cit., p. 568). Véase nota N° 55.

pugnar el acto viciado no lo hace oportunamente, habrá convalidación.

Pero, ¿acaso todos los actos viciados son convalidables?. Algunos autores opinan en sentido afirmativo, alegando que el principio de preclusión relativiza cualquier pedido de nulidad. Otros sostienen que la convalidación admite excepciones cuando se trata de nulidades absolutas o normas de orden público. No faltan quienes señalan que las nulidades no son nunca absolutas porque todas pueden ser confirmadas o purgadas por la cosa juzgada, la cual sana incluso las nulidades de orden público.

Si bien esta problemática la vamos a desarrollar en un ítem posterior, desde ya adelantamos que, aparte de las nulidades relativas o subsanables, existen nulidades absolutas o insubsanables; y es más, nulidades que trascienden a la cosa juzgada, tanto así que contamos con una pretensión nulificante para el caso que la resolución final haya sido obtenida mediante fraude.

Ligado al tema de la convalidación tácita tenemos otro asunto escabroso en la práctica, cual es el relacionado con el momento en que puede plantearse la nulidad. El punto reviste significativa importancia por cuanto, como hemos visto, la mayoría de las nulidades se convalidan si no se deducen a tiempo. La cuestión es: ¿desde qué momento y hasta cuándo podemos considerar que estamos a tiempo?

Conforme al Art. 176 del C.P.C., "El pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo antes de la sentencia. Sentenciado el proceso en primera instancia, solo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación... Las nulidades por vicios ocurridos en segunda instancia, serán formuladas en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo...".

Si analizamos el dispositivo de marras, veremos que en caso exista sentencia de primera instancia no hay mayores inconvenientes (la nulidad se deduce con la apelación), pero si el vicio se presenta antes de esa sentencia o en la instancia superior: ¿cuál es esa primera oportunidad?

Regresando a los ejemplos planteados, es claro que si el juez no propuso la fórmula conciliatoria, la primera oportunidad que el supuesto perjudicado tuvo para deducir la nulidad se dio en la misma audiencia de conciliación, pues fue allí donde él tomó conocimiento del vicio y consintió que se produjera. Pero, en el caso de la notificación defectuosa de la demanda, en que el demandado se entera del proceso con la notificación del auto que declara su rebeldía o por otros actos no procesales, ¿hasta qué momento después de enterado del proceso podía interponer la nulidad sin que hubiese operado la convalidación tácita?. ¿Tres, cuatro, tal vez cinco días, dependiendo de la complejidad del asunto?. ¿Cuántos?

Como bien indica ANA MARÍA ARRARTE⁶², la fórmula de nuestro C.P.C., que sigue en este aspecto al Código General del Proceso de Uruguay, "(...) pudiera no ser lo suficientemente clara, ya que al no señalar un plazo o un momento definido, no se sabe a ciencia cierta si se trata del primer escrito que presenta la parte perjudicada, o al primer escrito del que se deduce haber tomado conocimiento del vicio incurrido". Atendiendo a la naturaleza de la institución, la procesalista precitada concluye que debemos entender que se trata del segundo caso. Sin embargo, esta interpretación no acaba con el problema: ¿si ese primer escrito, del que se deduce que la parte nulificante ha tomado conocimiento del vicio, es presentado después de uno o dos meses de enterada, será procedente la nulidad?

El sentido común, o si se quiere de justicia, nos dirá que no, pues lo contrario significaría un abuso del

⁶² ARRARTE ARISNAVARRETA, Ana María. Op. Cit., p. 135.

derecho. Pero, ¿qué criterio tomamos para delimitar el plazo de interposición de la nulidad?. En el C.P.C. no existe una norma que establezca de modo preciso un plazo para deducirla. En algunos supuestos puede recurrirse a los plazos de otros medios impugnatorios (por ejemplo al de la apelación, si la nulidad se encuentra implícita en dicho recurso), pero ante casos como el propuesto, nuestro ordenamiento procesal no ofrece un criterio unívoco para su solución, abriendo el paso para posibles actuaciones temerarias.

La única norma que hace alusión a un plazo para interponer la nulidad es el Inc. 4) del Art. 184 de la L.O.P.J., que prescribe: "Son deberes de los magistrados 4) Convalidar los actos procesales verificados con inobservancia de las formalidades no esenciales, si han alcanzado su finalidad y no han sido observados dentro del tercero día, por la parte a quien pueda afectar". Aunque esta disposición se restringe a determinados supuestos, ante el vacío normativo, puede interpretarse que la parte agraviada, que no ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio, tiene hasta tres días para deducir la nulidad, contados desde que tomo conocimiento del acto materia de la impugnación.

Ahora, en todo caso, es conveniente que se cambie la opción legislativa del C.P.C., por una en donde se establezca de modo preciso el plazo para deducir la nulidad, tal como lo hace, por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina⁶³

5.4.1. *Categorías con efectos similares a la convalidación*

Nuestro C.P.C. también ha regulado otras instituciones con efectos parecidos al de la convalidación propiamente dicha. Así, el juez deberá abstenerse de invalidar un acto cuando se produzca la aquiescencia de la parte perjudicada, el acto irregular logre la fina-

lidad para la que estaba destinado, la subsanación del vicio no tenga influencia en el resultado de la decisión judicial, o el error pudiera remediarse a través de la integración. Veamos cada uno de estos supuestos.

a. *Aquiescencia*

Cuando hablamos de aquiescencia queremos significar la convalidación producida por la propia voluntad de la parte agraviada, quien a través de su comportamiento demuestra su conformidad con el acto irregular. Así por ejemplo, si una parte o tercero legitimado no es citado a la audiencia de pruebas y, en lugar de interponer una nulidad, acude a ella, convalida el vicio. La parte inicial del Art. 172 del C.P.C. es clara: "Tratándose de vicios en la notificación, la nulidad se convalida si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución".

b. *Finalidad del acto*

Otra forma de convalidación, en los términos legales, se produce cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado. En este caso el fin sí justifica los medios; por ello, inclusive con inobservancia de las formalidades previstas por la ley, el acto será válido si cumplió con su función. El C.P.C. recoge este principio, aparte del Art. 172, en su Art. 201, cuando prescribe: "El defecto de forma en el ofrecimiento o actuación de un medio probatorio no invalida éste si cumple con su finalidad.

c. *Subsanación*

Imaginemos que en un proceso de desalojo por vencimiento de contrato, en el que ambas partes son copropietarias del inmueble, el juez declara improcedente la demanda por imposibilidad jurídica del

⁶³ Art. 170.- Subsanación.- La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fue tácitamente, por la parte interesada en la declaración.
Se entenderá que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto.

petitorio, pero en lugar de utilizar la expresión desalojo por vencimiento de contrato, en varias oportunidades usa desalojo por ocupación precaria. En este caso, ¿debería declararse la nulidad de la sentencia?

Si tomamos en cuenta que, cualquiera sea la *causa petendi* del desalojo (vencimiento de contrato, precariedad o falta de pago), éste resulta imposible de cumplir, debido a la calidad de copropietario del demandado, por sentido común, diremos que no. Pues bien, con esa misma lógica, el cuarto párrafo del Art. 172 del C.P.C. prescribe: "No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal".

Retroceder lo avanzado para nuevamente caminar y llegar al mismo sitio, carece de cordura y genera un desgaste innecesario de esfuerzo, dinero y tiempo, que este principio tiende a evitar.

d. Integración

La integración es un mecanismo procesal que permite al juez subsanar una resolución afectada por una incongruencia *citra petita*⁶⁴. Conforme a la parte final del Art. 172 del C.P.C., una resolución judicial puede ser integrada por el propio juez que la expidió hasta antes de su notificación, después de ella y hasta el último día que las partes dispongan para apelarla, es posible que la integre cuando haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El juez superior también puede integrar la resolución recurrida, pero siempre y cuando la fundamentación

de la apelada aparezca en su parte considerativa⁶⁵. Si ni siquiera existe motivación, el juez superior debe declarar la nulidad de la resolución impugnada y devolver el expediente al A-quo, pues, si resuelve sobre el punto omitido, violaría el principio de doble instancia; y, por ende, el derecho a un debido proceso⁶⁶.

5.5. Principio de conservación

Toda nulidad implica un retroceso en el iter procesal; y, por consiguiente, mayor dilación; esto la convierte en un remedio de *ultima ratio*, de uso limitado y excepcional. La regla, entonces, es la de la conservación de los actos procesales, la cual sólo admite excepciones ante supuestos de indefensión. Con base en esta premisa, la nulidad únicamente opera respecto al acto viciado y no se extiende a los demás actos del proceso, si éstos son independientes de aquél. Asimismo, ante casos de nulidad parcial, el segmento no viciado del acto mantiene su eficacia, si es autónomo respecto a la porción invalidada⁶⁷.

5.6. Principio de protección

Uno de los presupuestos de la nulidad es la ausencia de culpa o dolo de quien la alega. Antes bien, quien la deduce debe acreditar un perjuicio cierto y actual a su derecho de defensa, demostrando también su interés en la subsanación del vicio. No procede, por tanto, el pedido de nulidad de la parte que ha propiciado, permitido o dado lugar al *error in procedendo*⁶⁸, pues, de otro modo se premiaría la conducta del litigante que actuó con negligencia; y, si su actitud es dolosa, se fo-

⁶⁴ "Esta clase de incongruencia se produce cuando el juez, en su decisión, incumple con su deber de pronunciarse respecto de todos los puntos controvertidos u omite referirse a alguno de los pedidos que los justiciables dedujeron en el proceso". (ZAVALETA RODRIGUEZ, Róger E. "La congruencia de las resoluciones judiciales". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 09, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 214.

⁶⁵ C.P.C. - Artículo 370.- Competencia del Juez superior.- El Juez Superior (...) puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa (...).

⁶⁶ Cf. ZAVALETA RODRIGUEZ, Róger E. Op. Cit. pp. 214 - 215; CARRIÓN LUGO, Jorge. Op. Cit., pp. 397 - 398; y ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Op. Cit., p. 132.

⁶⁷ C.P.C. - Artículo 173 - Extensión de la nulidad.- La declaración de nulidad de un acto no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquél.

La invalidación de una parte del acto procesal no afecta a los otros que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario.

⁶⁸ C.P.C. - Artículo 175.- Inadmisibilidad o improcedencia del pedido de nulidad.- El pedido de nulidad será declarado inadmisibile o improcedente, según corresponda, cuando:

1. Se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio..."

mentaría la temeridad. Este es el sustrato del principio de protección, que tiene su base en la doctrina de los actos propios, la cual -aplicada al caso- significa que nadie puede fundar una nulidad en su propia conducta, pues no tendría interés para proponerla; y, por consiguiente, carecería de legitimación.

VI. DISCUSIÓN Y RESULTADOS

Llegados a este punto, es momento de tomar una posición respecto a toda la problemática expuesta en la parte introductoria. Para ello partiremos de tres ideas fuerza: 1) El derecho fundamental al debido proceso es el presupuesto y fin de toda nulidad procesal; 2) El acto procesal, como objeto de la invalidación, determina un régimen distinto del que corresponde a las nulidades que recaen sobre los actos jurídicos civiles; y, 3) Los principios que informan a las nulidades procesales, fundamentados en la propia naturaleza del acto objeto de la invalidación, constituyen la base sobre la cual debe estructurarse dicho régimen.

6.1. Vicios que causan la nulidad procesal

Como bien afirma la profesora ARRARTE⁶⁹, en doctrina y en las legislaciones procesales contemporáneas, existe discrepancia en torno a los vicios que pueden originar nulidades. Así, un sector limita su aplicación al quebrantamiento de las formas del acto procesal o a los llamados vicios extrínsecos, mientras que el otro extiende su campo a las infracciones de cualquiera de los demás elementos de dicho acto (voluntad, objeto y causa), denominadas vicios intrínsecos.

COUTURE⁷⁰, por ejemplo, expresa que: "(...) siendo el acto procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por ley". Parecido criterio tiene ALSINA⁷¹, para quien "la nulidad procesal es la sanción por la cual la ley priva a un acto de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por la misma".

Estos autores, como LIEBMAN, CARLOS y SATTA⁷², limitan el ámbito de la nulidad al aspecto formal o extrínseco del acto, dejando fuera a su contenido o lado intrínseco. Esta restricción se fundamenta; primero, en la presencia del juez, la misma que -de acuerdo con los partidarios de esta corriente- impide que una parte actúe en el proceso bajo la presión de la otra, descartando con ello el dolo, la violencia y la intimidación⁷³; segundo, en la seguridad jurídica y los principios procedimentales de celeridad y economía, que obstan la reparación de errores, deficiencias y omisiones, invocando la falta de intención por parte del nulicidente⁷⁴; tercero, en la actuación desmedida del principio de convalidación, hasta el punto de sostener que todas las nulidades, incluso las que se deben a vicios sustanciales, como la incapacidad, el dolo, la violencia, el fraude y la simulación, son convalidables⁷⁵; y, cuarto, en el hiperdesarrollo de la teoría de la cosa juzgada, que en algún momento llevó al extremo el principio de la intangibilidad de la sentencia⁷⁶, pero que ya fue dejada de lado, como lo demuestra, en nuestro país, la regulación del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

⁶⁹ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Op. Cit., p. 129.

⁷⁰ COUTURE, Eduardo "Estudios...". Op. Cit., p. 129.

⁷¹ ALSINA, Hugo. Op. Cit., p. 627.

⁷² Citados por MAURINO, Alberto I. Op. Cit., p. 15.

⁷³ "Dada la presencia de un órgano del Estado en el proceso los actos que ante él se realizan, cuando aparecen exteriormente del modo exigido, son eficaces, aunque la disposición interna de su autor no coincida con la que de hecho revela. Como regla general ha de afirmarse, pues, en derecho procesal, la prevalencia de la voluntad declarada sobre la voluntad real (...), salvo una prescripción en contrario". (GUASP, Jaime, Op. Cit., p. 255).

⁷⁴ "Los litigantes no pueden ser negligentes en la apreciación de las circunstancias de hecho que fundan sus actos; ya que, de lo contrario, podrían procurar la reparación de los errores, deficiencias y omisiones que les perjudican, invocando la falta de intención, con lo cual el litigio se complicaría y dilataría desmesuradamente". (PODETTI, citado por BERIZONCE, Roberto O. Op. Cit., pp. 26 - 27). REDENTÍ participa de la misma posición, cuando expresa: "(...) si para cada acto de procedimiento se admitiera una indagación acerca de la correspondencia de los efectos con la intención y acerca de la formación de la voluntad interior, el proceso no marcharía". (Citado por GARROTE, Angel F. Op. Cit., p. 46).

⁷⁵ MARTINEZ, Oscar J. "Los vicios del consentimiento en la realización del acto procesal". En: "Estudios de Nulidades". Op. Cit., p. 58.

De lo hasta aquí expuesto, resulta claro que cuando la voluntad exteriorizada en el acto procesal es lícita y coincide con la voluntad interna del agente, no hay problema alguno. Pero, si aquélla es contraria a la ley o la referida coincidencia no existe, ¿se puede sostener que el acto procesal es válido?. ¿Es posible que en el proceso se protocolicen actuaciones con fines o propósitos ilícitos?. ¿La ignorancia, el error, el dolo, la violencia o la intimidación no interesan en el proceso como vicios de la voluntad?.

La doctrina mayoritaria es de la opinión que estas anomalías sí pueden afectar a los actos procesales. ESCLAPEZ⁷⁷ fue uno de los autores que con más ahínco ha propugnado esta tesis, diferenciando el acto procesal que padece de vicios intrínsecos o de contenido, que conspiran contra su validez, y el acto procesal viciado extrínsecamente o en sus formas, que es el que, de ordinario, determina la declaración de nulidad.

Cómo negar, por ejemplo, la posibilidad de que la causa de un acto sea ilícita, si las defraudaciones por la vía procesal son cada vez más numerosas, o que un acto doloso afecte la voluntad del juzgador, de las partes o de los demás intervinientes, si sabemos que en varias ocasiones esto suele ocurrir. Entonces, es lógico que asintamos que es factible no sólo invalidación por vicios en la forma de los actos procesales, sino también en su contenido. No obstante, es de advertir que ello está sujeto a algunas consideraciones, las cuales vamos a precisar a continuación.

Para empezar, el error de derecho y la ignorancia no pueden ser admitidos en el proceso, ya que el patrocinio del abogado los descarta⁷⁸ ("*ignorantia iuris non excusat*"). Los yerros fácticos, por el contrario, sí go-

zan de admisión, aunque debemos tener en cuenta su procedencia y calidad. Si es el juzgador quien comete los errores, las partes disponen de los medios impugnatorios respectivos y, de ser el caso, él mismo puede corregirlos⁷⁹. Si es uno de los justiciables el que yerra, (v.g. si el actor demanda interdicto de recobrar respecto de un inmueble que no es el desposeído o contra persona distinta del verdadero poseedor), él podría subsanar los defectos vía la modificación de su demanda o, en su caso, el juez puede dar por concluido el proceso (como pasaría por ejemplo, en el supuesto de una demanda interpuesta ante un juez incompetente). Si otros sujetos procesales, como los testigos o los peritos, incurren en errores, ellos pueden rectificarse, o bien la parte perjudicada puede aportar prueba sobre el error; en cuyo caso la eficacia probatoria de la testimonial o el peritaje será apreciada por el juez. En fin, cada circunstancia amerita un análisis meditado con relación a la forma de su subsanación, desde luego, siempre que ésta fuera posible y no medie sentencia con calidad de cosa juzgada.

El dolo procesal, esto es, todo embuste, artificio o engaño destinado a causar indefensión, también es admitido como vicio intrínseco. Así, los casos de adulteración de cargos, del contenido de los escritos, de actas judiciales, de fechas en las notificaciones, etc., son causa de nulidad de los actos procesales.

La violencia y la intimidación también participan de este género. De hecho, puede acontecer que en el proceso una parte ejerza coacción sobre la otra, a fin de determinarla o constreñirla a realizar un acto que de otro modo no lo hubiese efectuado. "La extorsión, nos dice ESCLAPEZ⁸⁰, interviene en no pocos desistimientos, transacciones y convenios judiciales, bajo la apariencia de un perfecto acuerdo y bajo el

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 57; y PEYRANO, Jorge W. *Op. Cit.*, p. 350.

⁷⁷ Citado por GOZAINI, Osvaldo A. *Op. Cit.*, p. 232. Véase, también: BERIZONCE, Roberto O. *Op. Cit.*, pp. 25 - 26; y MAURINO, Alberto L. *Op. Cit.*, p. 16.

⁷⁸ Cfr. PODETTI, Ramiro. *Op. Cit.*, p. 198; MARTINEZ, Oscar J. *Op. Cit.*, p. 63; BERIZONCE, Roberto O. *Op. Cit.*, p. 27. GOZAINI, Osvaldo A., *Op. Cit.*, p. 236; y MAURINO, Alberto L. *Op. Cit.*, p. 30.

⁷⁹ C.P.C.,- Artículo 407^a - Corrección.- Antes que la resolución cause ejecutoria, el juez puede, de oficio o a pedido de parte y sin trámite alguno, corregir cualquier error material evidente que contenga. Los errores numéricos y ortográficos pueden corregirse incluso durante la ejecución de la resolución. (...)

⁸⁰ Citado por GOZAINI, Osvaldo A., *Op. Cit.*, p. 237.

manto de la aprobación judicial". En la mayor parte de los casos, la intervención del juez no constituye una garantía para la presunta víctima; por el contrario ésta se procura como medio idóneo para que la extorsión quede impune. Pensemos, por ejemplo, en el caso de la conclusión anticipada del proceso vía transacción, por la cual el deudor se compromete a cancelar, además de la suma reclamada, intereses leoninos, o en el otro, en el que el trabajador demandante se desiste de su pretensión de cese de hostilidades, bajo la amenaza de su empleador de despedirlo. En estos supuestos, sin lugar a dudas, se intentará la aprobación judicial de tales actos, ante ello el juez debe estar atento, a fin de declararlos improcedentes.

Dentro de los vicios atinentes al contenido del acto procesal también encontramos a los vicios de la buena fe, como el fraude y la simulación. A través de estas maniobras se busca que el juez incurra en error, por medio del engaño. Se trata de formas de dolo bilateral que indudablemente vician la voluntad del juzgador y deben ser invalidadas. El caso del proceso sobre tercería de derecho preferente, iniciado con posterioridad al proceso simulado de pago de beneficios sociales, es un ejemplo de esta clase de vicios.

6.2. Grados de nulidad: subsanables, insubsanables y que trascienden al proceso

Este es el punto más controvertido de las nulidades; pues, como dice VESCOVI⁸¹, "Casi podríamos afirmar que cada procesalista tiene sus ideas en esta materia". "Algunos - continúa el ilustre maestro uruguayo- mantienen las categorías de nulidades relativas y nulidades absolutas y las hacen coincidir con las de anulabilidad y nulidad o de nulidades perseguibles de oficio o solo a petición de parte. Otros, los más, incluyen la categoría de la inexistencia. Muchos en-

tienden que en el derecho procesal no hay nulidades absolutas; muchos otros, que las nulidades aun absolutas en el proceso, son siempre convalidables y hasta que no se declaren, el acto conserva sus efectos. Hay quienes ponen el acento, para la diferenciación, en los diversos actos: existen nulidades que se refieren a la constitución del proceso mismo, y otras, a los actos procesales (...)".

Quienes sostienen que en el proceso sólo hay nulidades relativas se fundan, en el principio de preclusión, el cual determinaría la convalidación automática de todas las nulidades cuando transcurre la oportunidad para cuestionar los actos viciados. En el proceso, sin embargo, existen nulidades insubsanables, ya sea porque se refieren a vicios que afectan normas de orden público, lesionan la validez de la relación procesal, impiden un examen sobre la fundabilidad de la pretensión. En estos casos resulta irrelevante el consentimiento tácito o expreso por parte del perjudicado.

La ausencia del juez en una audiencia de pruebas⁸² o la falta de publicidad del remate⁸⁴, para ejemplificar la violación a normas de orden público, la incompetencia por la materia, incapacidad, ausencia de interés o falta de legitimidad para obrar, como ejemplos de vicios que afectan la validez de la relación procesal; y, en el caso de las "condiciones de la acción", impiden un examen sobre el fondo del asunto, configuran nulidades que no se convalidan tácitamente ni les alcanza la preclusión.

Puede suceder, por ejemplo, que el juez no esté presente en la audiencia de pruebas y ninguna de las partes o tercero legitimado denuncie el vicio. En este supuesto, bajo los cánones de la nulidad relativa y el principio de protección, diríamos que no procede una invalidación deducida después de la audiencia; no

⁸¹ VESCOVI, Enrique. Op. Cit., pp. 299 - 300.

⁸² Cfr. RIVAS, Adolfo. Op. Cit., p. 675.

⁸³ C.P.C. T.P.- Artículo V.- Principios de intermediación, concentración, economía y celeridad procesales.- "Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión (...)."

⁸⁴ C.P.C. - Artículo 733.- Publicidad.- "(...)

la publicidad del remate no puede omitirse, aunque medie renuncia del ejecutado, bajo sanción de nulidad".

obstante, como se trata de una nulidad insubsanable, inclusive el juzgador puede declararla de oficio⁸⁵. Es posible, también, que la parte demandada no interponga oportunamente la excepción de incompetencia por la materia, el juez no advierta el error y, por tanto, sanee el proceso. En este caso, aún con la existencia de una declaración sobre la validez de la relación procesal, detectada la incompetencia, el juez, también de oficio, puede ordenar la nulidad de todo lo actuado⁸⁶. Acá, obviamente, el saneamiento del proceso sería ineficaz^{87 88}.

Las nulidades, entonces, son insubsanables en la medida que los vicios que las propician son trascendentes y no pueden ser convalidados o remediados por la aquiescencia de la parte perjudicada, el cumplimiento de la finalidad del acto irregular o la integración. *Contrario sensu*, son subsanables en tanto puedan remediarse por cualquiera de las formas aludidas. En el primer caso, hablamos de vicios de tal magnitud que vulneran normas de orden público⁸⁹ -indispensables para la configuración de un proceso con todas las garantías-, vicios que afectan la validez de la relación procesal o vicios que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. En el segundo caso, la nulidad sólo se refiere a normas procesales que es-

tablecen derechos de carácter dispositivo, a uno o varios actos procesales; y, a vicios que no obstan una declaración judicial sobre el fondo del asunto.

Por lo expuesto, discrepamos con quienes postulan que en el proceso todas las nulidades son relativas, así como con quienes señalan que, aún existiendo nulidades absolutas, ellas son convalidables. El fundamento de esta última postura radica en que nada tiene que ver el hecho de que la nulidad sólo produzca efectos una vez declarada, con el grado del vicio que la aqueja (subsanaible o insubsanaible).

Vinculado con el punto de las nulidades insubsanaibles está el tema de su límite temporal. La inquietud reviste suma trascendencia en tanto, como hemos observado, este tipo de nulidades no precluyen ni se convalidan por el consentimiento del justiciable presuntamente agraviado; y, tampoco, obtienen eficacia si no media declaración judicial. Acá, conviene tener en cuenta la naturaleza del acto procesal y el contexto del que forma parte.

“En el campo del derecho privado, la nulidad de pleno derecho priva al acto o negocio jurídico de cualquier efecto, sin límites de duración temporal. Un

⁸⁵ C.P.C. - Artículo 176° - Oportunidad y trámite - “[...] Los jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanaibles, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda.

⁸⁶ C.P.C. - Artículo 35° - Incompetencia - “La incompetencia por razón de la materia, la cuantía y el territorio, esta última cuando es improrrogable, se declara de oficio en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción. Al declarar su incompetencia, el juez declarará asimismo la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso [...]”

⁸⁷ C.P.C. - Artículo 466° - Efectos del saneamiento del proceso - “Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición refrenda, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada”

⁸⁸ “[...] no puede coexistir una decisión de saneamiento frente a nulidades que lo hacen casi un absurdo al interior de esa relación. Por eso el Código Procesal Civil el artículo 121, cuando define los alcances de una sentencia dice: “mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia [...] pronunciándose sobre el derecho de las partes o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal”. Más claro ni el agua. El juez, incluso el que sanea el proceso y declaró que todo está muy bien puede dictar sentencia declarando por ejemplo, improcedente la demanda. Sin lugar a dudas, si sanea y en el camino se da cuenta que no hay legitimidad para obrar ¿cómo va a declarar fundada la demanda? o ¿in fundada si falta una condición de la acción? Sin embargo, hemos visto una duda casi existencial de algunos señores jueces que se han inclinado por declarar, en atención al artículo 466 () que en efecto como ya saneó, no hay forma por preclusión de volver atrás. Creo que aquí hay que tomar conciencia que la categoría de nulidades insubsanaibles impone una revisión de este criterio” [RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson, Op. Cit., p. 531] Coincide CARRIÓN LUGO, Jorge, Op. Cit., p. 362. Al igual que los autores precitados, somos de la opinión que cuando se produce una nulidad insubsanaible ésta debe ser declarada aún después de saneado el proceso. Y es que, más allá de la previsión del Art. 121 del C.P.C., no se puede soslayar que el hecho de que la corrección de las formas procesales es un requisito indispensable para el análisis sobre la fundabilidad de la pretensión.

⁸⁹ Tal como lo expone ALMAGRO NOSETE, “[...] la expresión de orden público es de carácter vaga e indeterminado y su contenido sumamente variable en relación con las condiciones jurídico-políticas de una sociedad dada[...]. Más esta inconcreción no significa desconocer la importancia del concepto de orden público. Si establecer la dificultad de fijar su contenido”. Este autor, comentando el caso español, nos indica que algunas sentencias se refieren a todas las normas procesales como normas de orden público; otras, a un orden público procesal, y otras, en fin, a una afectación trascendental del orden público. (Véase: ALMAGRO NOSETE, José: “Consideraciones de Derecho Procesal”, librería Bosch, Barcelona, 1988, pp. 303-316). Si admitiéramos que todas las normas procesales son de orden público -lo que nada afecta que sean todas de Derecho Público- desconoceríamos la graduación de la ineficacia o invalidez en cuanto a los actos procesales, con la consecuente desaparición de la nulidad relativa. Entonces, sólo determinadas normas procesales pueden considerarse como de orden público y, dicha calificación, únicamente puede atribuirse teniendo en cuenta la naturaleza y objeto de cada norma, confrontada con los principios indispensables para la existencia de un proceso.

acto radicalmente nulo sigue siendo nulo por mucho que transcurra el tiempo. La nulidad de los actos procesales tiene un límite fijado por la ley más allá del cual el defecto deviene en irrelevante. Dicho límite está fijado por la sentencia definitiva⁹⁰.

Este criterio que, al parecer, entra en contradicción con el carácter insubsanable de algunas nulidades, es impuesto por necesidades prácticas de obtener, al final del proceso, una resolución con la autoridad de cosa juzgada. CARNELUTTI⁹¹ es quien mejor explica este hecho: "(...) si una resolución no es válida, ello quiere decir que no es eficaz, y su eficacia consiste en la cosa juzgada, ello significa que no produce cosa juzgada. Pero, por otra parte, exigencias prácticas fundamentales han llevado a modificar esta posición lógica (...). La nulidad de un acto representa una pérdida que dentro de lo posible ha de ser evitada, con más motivo cuanto mediante la decisión halla el proceso su fin, y el peligro consiste en tener que recomenzar".

Únicamente ante casos excepcionales se acepta el rompimiento de la cosa juzgada - mucho más si hace de lo blanco, negro, y de lo cuadrado, redondo -. Su invalidación sólo procede, siempre que existan vicios trascendentes respecto a los cuales el justiciable no tuvo la posibilidad de impugnar⁹². En nuestro país, los procesos de amparo contra resoluciones judiciales y nulidad de cosa juzgada fraudulenta, están destinados para tal fin⁹³.

6.3. Nulidades de oficio

Según hemos podido ver, nuestra legislación procesal ha optado por asimilar las nulidades insubsanables

con las nulidades de oficio. Con esta postura nos apartamos de concepciones rígidas, como la de SALVATORE SATTA⁹⁴, quien sostenía la procedencia de la invalidación de oficio sólo cuando la ley lo indicaba expresamente.

La regulación peruana permite un mayor protagonismo del juzgador, pues es él a quien le corresponde determinar la insubsanabilidad de un error; y, por tanto, su invalidación de oficio. Adviértase la trascendencia de la calificación judicial, en tanto de ella depende que la nulidad cumpla con su fin de tutela al debido proceso o se convierta en instrumento para dilatar el trámite de la heterocomposición.

Para el uso correcto de la nulidad de oficio el juez debe tener en cuenta dos situaciones: 1) que el afectado tenga la posibilidad de impugnar el acto material del vicio; y, 2) que carezca de dicha posibilidad. En el primer caso, las nulidades son - por lo general - relativas; en el segundo, precisamente por la situación de desigualdad del afectado, son insubsanables. Por ejemplo, una notificación defectuosa de la demanda - generalmente - impide que el justiciable se apersona al proceso y ejercite su derecho de defensa; en este sentido, si por su desconocimiento le es imposible impugnar dicho acto, el juez - de mutuo propio - debe declararlo nulo.

La nulidad de oficio también procede cuando los actos viciados no pueden ser invalidados a pedido de parte, porque debieron denunciarse como excepción. Claro, siempre que los mismos sean insubsanables. La precisión viene al cuento porque el Art. 454 del C.P.C. prescribe que "Los hechos que configuran excepcio-

⁹⁰ RAMOS MENDEZ, Francisco. Op. Cit., p. 356.

⁹¹ CARNELUTTI, "Sistema de Derecho Procesal Civil, T. I., Trad. de Alcalá Zamora y Castilla y Santiago Sentis Melendo, Uteha, Buenos Aires, p. 236.

⁹² Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. "Planteos generales en torno a la revisión civil". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, T. II, Lima, 1998, p. 119.

⁹³ "(...) la nulidad de cosa juzgada fraudulenta sirve sólo para aquellos casos en que la transgresión ha ocurrido por fraude procesal, mientras que el amparo es para todo el otro paquete, para toda la gama de afectaciones no ocurridos por fraude procesal". (Entrevista al doctor Juan Monroy Gálvez. Nulidad de cosa juzgada fraudulenta. En: *Revista Normas Legales*, Trujillo, Normas Legales Editora, Enero de 1997. Tomo N° 248, p. A-56j).

⁹⁴ SATTA, SALVATORE. "Manual de Derecho Procesal Civil", Vol. I, Trad. de Santiago Sentis Melendo y Fernando de la Rúa, EJE, Buenos Aires, 1972, p. 239.

nes no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones". La pregunta es: ¿Qué sucederá en el caso de un vicio insubsanable, como la incompetencia por la materia, en que el juzgador advierte el vicio con la nulidad de parte que pudo deducirse como excepción?. Al respecto es importante tener presente que la tésis de la norma precitada se encamina a evitar dilaciones indebidas y propender a que el comportamiento de los justiciables se realice de acuerdo a los principios de oportunidad, buena fe y lealtad procesales. No obstante, si el juez verifica que el motivo de la nulidad que pudo deducirse como excepción aparece una nulidad insubsanable, puede declararla, eso si imponiendo a la parte que la alego en forma inoportuna una multa por su comportamiento temerario. En este caso no opera la preclusión, pues con un vicio de tal magnitud la propia relación procesal devendría en inválida o, en su caso, le sería imposible al juzgador emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia.

6.4. Inexistencia

Conforme lo señala la profesora de Derecho Civil de la Universidad Católica del Perú, Dra. SHOSCHANA ZUSMAN⁹⁵, el tema de la inexistencia como figura autónoma ha dado lugar a intensas polémicas durante varios siglos.

Su origen se remonta a la antigua doctrina francesa, que introdujo el principio de legalidad al campo de las nulidades y lo sintetizó en el brocardo: no hay nulidad sin texto. Este principio, confrontado ante casos límite, como el matrimonio de dos personas del mismo sexo, demostró la insuficiencia de la nulidad para obtener la ineficacia de hechos jurídicos con un

defecto tan esencial que los comprometía en sí mismos; y, en determinados casos, que repugnaban la moral y las buenas costumbres. Fue así como empezó a elucubrarse la doctrina de la inexistencia, para obtener la ineficacia de hechos que, de otro modo, hubiesen producido efectos, debido a la imposibilidad de declarar su invalidez, por falta de sanción legal expresa⁹⁶.

En el campo del Derecho Procesal Civil, donde también regía la regla "*pas de nullité sans texte*", la mayoría de autores acogieron y todavía acogen esta categoría, con la finalidad de justificar la ineficacia de algunas situaciones procesales no sancionadas expresamente con la nulidad. El caso de la sentencia dictada por quien no es juez, el proceso que condena a quien no fue demandado, el escrito sin firma o con firma falsa, la sentencia *a non iudice* o con decisión incierta o imposible, son algunos de los ejemplos que varios autores dan sobre inexistencia.

Dentro de esa línea, ORTELLS RAMOS⁹⁷, por ejemplo, justifica la utilidad de esta figura (siguiendo a DE CASTRO) en que sirve para suplir las deficiencias de un sistema que exige la expresión legal de los supuestos de nulidad. Según este autor, la inexistencia se producirá, aún en defecto de disposición legal, en caso de incurrir el acto en un vicio más grave que el que por ley genera nulidad.

Otros procesalistas, por su parte, encuentran justificación a la inexistencia en su calidad de válvula de escape respecto al efecto sanatorio de la cosa juzgada⁹⁸. En este sentido, GARCIA MARTÍN⁹⁹ nos dice: "(...) la sanatoria produce una grave disfunción conceptual sobre la nulidad radical. Mirada en su conjunto es una institución favorable, en la medida que acrecienta

⁹⁵ ZUSMAN TINMAN, Shoschana. "Teoría de la invalidez y la ineficacia". En: *Ius Et Veritas*, N° 7, revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUC, Lima, Noviembre de 1993., p. 160.

⁹⁶ Actualmente, en el ámbito del Derecho Civil, la figura de la inexistencia ha sido prácticamente descartada, debido a la aceptación de la nulidad virtual (Cfr. TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Acto Jurídico: Propuestas de Enmienda". En: Congreso Internacional: Diez Años del Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas, T.J., Universidad de Lima, Lima, 1995, p. 292.

⁹⁷ Citado por GARCIA MARTÍN, Juan. Op. Cit., p. 913.

⁹⁸ En este sentido MANDRIOLI, Corso di Diritto Processuale Civile, Vol. I, 6ta. Edic., Torino, 1987, p. 382. (Citado por GARCIA MARTÍN, Juan. Op. Cit., p. 903).

⁹⁹ GARCIA MARTÍN, Juan. Op. Cit., p. 915.

la eficacia en el proceso, reforzando con ello la seguridad jurídica. En cambio, observada desde la perspectiva del caso concreto y particularmente desde el resultado, puede conducir a postulados inaceptables (...). Si el legislador no ofrece remedios ha de buscarlos el intérprete, el Juez, y estos remedios pasan por el concepto de inexistencia, cuya única utilidad, en el derecho procesal es precisamente de válvula de escape a casos particulares en los que el defecto distorsionador de la sanatoria impondría resultados impresentables. Pero sólo desde esta perspectiva, de la absoluta inaceptabilidad del resultado, puede justificarse recurrir a ella”.

A nuestro criterio y desde la óptica que nos da el ordenamiento jurídico del Perú, la inexistencia no tiene cabida en el ámbito del proceso, pues las razones que antes justificaban su empleo han desaparecido. En efecto, la regla “*pas de nullité sans texte*” fue sustituida por el principio “*pas de nullité sans grief*” y la cosa juzgada ya no sacraliza todas las nulidades, sino sólo las que devienen de un proceso regular. Además, las características del acto inexistente, de no producir ningún efecto, no necesitar de invalidación, la imposibilidad de ser convalidado y la facultad de alegación por cualquier interesado, ceden ante determinados supuestos, hasta el punto de incurrir en una *contradictio in adiecto*¹⁰⁰.

Uno de los ejemplos más comunes de inexistencia es la demanda interpuesta sin firma de parte¹⁰¹. Imaginemos que un juzgado, ante la presentación de este escrito, no advierte la deficiencia, y corre el traslado respectivo. La otra parte tampoco se da cuenta, oportunamente, de dicha omisión y continúa con el trámite de la litis. En este caso, ¿podría declararse la inexistencia de todo un proceso, pese a que en el expediente obran otros escritos presentados por el demandante que confirman su intención de iniciar y proseguir con

el mismo?. El asunto, dicho sea de paso, no es uno extraído del gabinete, se trata de un caso real que se dio en la Argentina y, también, en el Perú.

“La Sala Ira. de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe sobre el particular sostuvo que la inexistencia del acto procesal -demanda con firma apócrifa- queda purgada si se integra con otro auténtico -contestación de demanda- que produce la constitución de la relación procesal, deviniendo en tal caso dicho acto procesal en otro acto procesal útil y lícito, demostrando su eventual aptitud para cumplir el fin al que se hallaba destinado, esto es, a obtener un pronunciamiento judicial válido y con alcance de cosa juzgada. La Cámara sostuvo, además, que la posible nulidad -advirtamos que ha dejado de considerar el acto como inexistente, para tratarlo como nulo- ha quedado convalidada, ya que el demandado alegó un vicio, por incidente, luego de contestada la demanda habiendo consentido, por lo demás, los decretos instructorios del juez”¹⁰².

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 359-96, seguido por don Julián Palacín Fernández contra el Consejo Distrital de Miraflores, sobre “acción de amparo”, participa de similar criterio, cuando dice: “(...) no obstante que la demanda de fojas setenta no aparece firmada por el accionante don Julián Palacín Fernández, no es inválido lo actuado, tanto porque ha habido convalidación con todos y cada uno de sus subsiguientes escritos cuanto porque su invariable conducta procesal, encaminada a hacer prosperar su acción de garantía, así lo confirma, toda vez que ese acto procesal, a pesar de la indicada deficiencia, ha logrado la finalidad para la que estaba destinado, de acuerdo a la previsión que contiene el Artículo ciento setentidós del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, por mandato del Artículo treintitrés de la Ley número veinticinco mil

¹⁰⁰ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex. Op. Cit., p. 400.

¹⁰¹ “Un escrito sin firma es la nada jurídica, siendo éste un claro ejemplo de inexistencia”. [Sala F de la Cámara Nacional Civil de Argentina, 13/10/80. En: “El Derecho”, T. 92, p. 575; y, “Jurisprudencia Argentina”, 1981 - IV, síntesis. [Citados por RODRÍGUEZ, Luis. Op. Cit., p. 58].

¹⁰² GIOVANNONI, Adrio. “Los vicios formales en la realización del acto procesal”. En: Estudios de Nulidades Procesales. Op. Cit., p. 80.

trescientos noventaiocho, tanto más cuanto que el demandado, Consejo Distrital de Miraflores, no ha reclamado al respecto, en ninguna forma, ni oportunamente, de modo que debe estarse a lo normado en el tercer párrafo del propio numeral ciento setentidós citado y en los Artículos ciento setenticuatro y ciento setentiséis del acotado ordenamiento procesal¹⁰³ (sic).

Aunque en la judicatura argentina, también, hemos encontrado sentencias contradictorias¹⁰⁴, a la luz de los principios que rigen las nulidades procesales, las ejecutorias comentadas están arregladas a derecho. "Si decimos que la firma es la manifestación de voluntad del sujeto, y si ese sujeto, a través de los actos procesales posteriores, manifiesta su voluntad del

acto, y si la parte contraria no ha planteado la cuestión oportunamente, nos encontramos en primer lugar con que existe una manifestación de voluntad, en segundo lugar que el acto ha sido convalidado -principio de convalidación de las nulidades- y en tercer lugar que el acto no ha deparado un daño -principio de trascendencia"¹⁰⁵.

Así, un acto considerado típicamente como inexistente terminó produciendo efectos y, lo que es más importante, fue convalidado. Esta es la *contradictio in adiecto* de la que hablábamos líneas atrás, la cual sumada a la desaparición de las razones que fundamentaron la teoría de la inexistencia, determinan nuestra discrepancia con quienes todavía justifican su empleo, en especial con los peruanos¹⁰⁶. D₈₅ *

¹⁰³ Véase: Diario Oficial "El Peruano", Jurisprudencia, viernes 27 de Diciembre de 1996, p. 2675.

¹⁰⁴ La Sala C de la Cámara Nacional Civil expuso que la firma de las partes o de sus representantes en los escritos judiciales reviste condición esencial para la existencia del acto. En igual sentido se pronunciaron la Cámara Nacional Comercial, Sala A; y, la Cámara de Apelaciones Mercedes, Sala II, indicándose, asimismo, que la ratificación eventual no tiene efecto retroactivo. (Véase: RODRIGUEZ, Luis. Op. Cit., pp. 57 - 58). La Corte Suprema de la Nación, en una sentencia transcrita en "Fallos", T. 246, p. 249; y, la Sala I ra. de la Cámara de Apelación en la Civil y Comercial de la Ciudad de Rosario, participan de similar criterio. (Cf. GIOVANNONI, Adrio. Op. Cit., pp. 78 - 79)

¹⁰⁵ GIOVANNONI, Adrio. Op. Cit., p. 80.

¹⁰⁶ Cf. TICONA POSTIGO, Victor. Op. Cit., pp 301 - 304; e, HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Op. Cit., p. 50.

LUQUE TIJERO & ASOCIADOS
ABOGADOS

Calle Santander N° 179

Miraflores

Telefax: 441 5946 – 422 8201

422 6302