

# Alcances sobre el tema de la nulidad procesal

**Ana María Arrarte Arisnabarreta**

Abogada. Profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Lima.

«El proceso no es una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades, las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar perjuicios efectivos».  
Eduardo Couture<sup>(1)</sup>.

## 1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.

Inicialmente, resulta pertinente indicar que el instituto de la nulidad procesal tiene su origen en el Derecho Civil, por lo que en estricto, podemos afirmar que estamos ante una institución prestada, pero que intenta abrirse paso, en una literatura aún confusa, como una institución autónoma, con naturaleza y efectos propios, proyectada a una nueva ciencia cuyo objeto de estudio es el proceso.

Resulta curioso anotar, que si bien la nulidad procesal es sin duda una de las instituciones más usadas, y con mayor «tradición» en nuestro proceso, poco sabemos sobre su naturaleza y sobre su verdadera finalidad. Esta falta de conocimiento ha generado un uso malicioso e indiscriminado, convirtiendo a la institución en un elemento peligroso dentro del proceso, cuando en realidad tendría que ser un instrumentopreciado por su aptitud para asegurar el derecho de las partes a un debido proceso, evitando perjuicios reales.

El presente artículo sólo pretende dar algunas pautas que permitan un mejor uso de la nulidad procesal, adecuándola a las necesidades reales de justicia, y evitando que sólo sirva para satisfacer pruritos formales, y propósitos maliciosos, como desafortunadamente ha venido ocurriendo en nuestro país.

## 2. CONCEPTO DE NULIDAD.

Empecemos nuestro análisis intentando responder a la pregunta ¿qué es la nulidad procesal?

En principio podemos decir que es un medio impugnatorio y, como tal, está destinado a cuestionar la validez o eficacia de un acto jurídico procesal o de todo un proceso.

Ahora surge la pregunta: ¿concretamente a qué categoría de los medios impugnatorios pertenece?

En efecto, como afirma el profesor Juan Monroy Gálvez<sup>(2)</sup>, se acepta en doctrina -y así ha sido recogido también en nuestro Código Procesal Civil<sup>(3)</sup>- que los

---

(1) Citado por: BERIZONCE, Roberto. La nulidad en el proceso. Ed. Platense, La Plata, 1967, pág. 82.

(2) MONROY GÁLVEZ, Juan. «Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil». En: Revista Ius et Veritas. No. 5. Año III. Lima, pág. 22.

(3) «Artículo 356.- Clases de medios impugnatorios.- Los remedios pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones. La oposición y los demás remedios sólo se interponen en los casos expresamente previstos en este Código y dentro del tercer día de conocido el agravio, salvo disposición distinta. Los recursos pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de ésta, se subsane el vicio o error alegado».

medios impugnatorios se clasifican en recursos y remedios.

Son recursos aquellos que tienen como propósito cuestionar un acto procesal contenido en una resolución, será recurso por ejemplo, la apelación, la reposición, la casación o la queja, por atacar resoluciones concretas, sean decretos, autos o sentencias. En cambio, son remedios los medios impugnatorios que cuestionan actos procesales no contenidos en resoluciones, así por ejemplo, son remedios la tacha a un testigo o a un documento, la oposición a una pericia, el pedido de nulidad de una audiencia o del acto de la notificación.



Entonces nos encontramos con que la nulidad procesal es un medio impugnatorio muy particular, en algunos casos será un remedio y en otros un recurso, y ello dependerá de si el acto procesal que se cuestiona está o no contenido en una resolución.

### 3. VICIOS QUE ORIGINAN NULIDADES.

En el punto precedente dimos una definición sobre qué son las nulidades e indicamos que están destinadas a afectar actos procesales, por lo que ahora resulta conveniente precisar qué son los actos procesa-

les y específicamente qué elementos de ellos pueden ser afectados con este medio impugnatorio.

Para tal efecto, resulta necesario partir de algunas categorías civiles, como el concepto de acto jurídico, al que posteriormente intentaremos dar los matices propios de su naturaleza procesal.

Como sabemos, nuestro Código Civil define al acto jurídico como la manifestación de voluntad -derivada de una conducta humana- que busca producir los efectos reconocidos por el ordenamiento jurídico, y que tiene como elementos la capacidad, el objeto, la finalidad y la forma<sup>(4)</sup>.

En doctrina existe toda una tendencia destinada a demostrar la distinción entre el acto y el negocio jurídico.

Así por ejemplo, Francesco Messineo define al acto jurídico como «...un acto humano realizado consciente y voluntariamente por un sujeto (por lo general capaz de obrar), del cual nacen efectos jurídicos, porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar un resultado; y tal resultado se toma en consideración por el Derecho<sup>(5)</sup>».

El negocio jurídico, en cambio, es una declaración o declaraciones de voluntad que están destinadas a producir efectos jurídicos que son queridos por el agente que la expresa, y que se manifiestan en la creación, regulación o extinción de relaciones jurídicas.

El profesor Guillermo Lohmann, define al negocio jurídico como: «...aquella declaración o declaraciones de voluntad de Derecho Privado que, por sí, o en unión de otros hechos, estarán encaminadas a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico el cual reconoce a tales declaraciones como el sustento para producir efectos prácticos queridos y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo<sup>(6)</sup>». Ahora bien, en nuestra opinión, tanto el concepto de acto como el de negocio jurídico, son, en principio, aplicables al proceso -salvando las distancias de su carácter eminentemente público-, por lo que podemos sostener que estaremos ante actos o negocios procesales en tanto sus efectos se produzcan dentro de una relación jurídica procesal.

(4) «Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad».

(5) MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II. Ed. EJE, Buenos Aires, 1979, pág. 332.

(6) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. Ed. Studium, Lima, 1986, pág. 36.

Ahora bien, en doctrina y en las legislaciones procesales contemporáneas, existe discrepancia en torno a los vicios que pueden originar nulidades, en estricto, una posición limita su aplicación al quebrantamiento de las formas del acto procesal, pasando por alto su contenido, mientras que la otra la considera como una institución que alcanza a los vicios u omisiones de cualquiera de los elementos del acto procesal (capacidad, objeto, finalidad y forma).

Así por ejemplo, Alsina considera que: «Nulidad procesal es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescriptas por la misma»<sup>(7)</sup>, dicha posición es asumida también por Couture<sup>(8)</sup>.

Sin embargo, ¿acaso no es posible que en un acto jurídico procesal se encuentre el vicio en un elemento de contenido, que motive su nulidad? Por ejemplo, ¿qué ocurriría con un proceso donde luego de iniciado se declara la interdicción del demandante?, ¿acaso esos actos procesales serían válidos? No, ¿verdad?, porque se presentaría un problema severísimo en un presupuesto procesal, que es la capacidad.

Entonces, siguiendo a Roberto Berizonce<sup>(9)</sup> podemos concluir que los vicios que acarrear nulidad, no serán sólo de forma, por lo que los podemos clasificar en:

- a. Vicios extrínsecos.
- b. Vicios intrínsecos.

Serán vicios extrínsecos los que se derivan del incumplimiento de la formalidad establecida por los ordenamientos procesales, y serán intrínsecos aquéllos que se encuentren en el contenido mismo del acto procesal, es decir, en la capacidad, la finalidad o el objeto.

Imaginemos un proceso en el que existe colusión entre las partes para perjudicar a un tercero, el caso típico de la simulación de una deuda para perjudicar a

un acreedor real. Este proceso, que sería un caso pasible de cuestionamiento a través de un proceso de nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, que se encuentra regulado por nuestro Código Procesal Civil<sup>(10)</sup>, contempla un supuesto de nulidad por un vicio intrínseco.

Un caso de nulidad extrínseca, es decir, por un vicio en la forma, será, por ejemplo, aquélla que se origina en la ausencia del juez en una audiencia o en la actuación de un medio probatorio<sup>(11)</sup>. Como vemos, se trata de defectos en el elemento forma de los actos procesales que configuran la relación jurídica.

### 3. LA FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS PROCESALES.

Siendo la forma el elemento central que motiva la nulidad -aun cuando no el único- intentemos una definición.

El profesor Augusto Mario Morello nos enseña que: «...las formas procesales son determinadas condiciones de tiempo, lugar y modo y constituyen una garantía para la defensa de los derechos del ciudadano y de las partes en general»<sup>(12)</sup>.

En este rubro es imprescindible hacer notar que la formalidad de un acto procesal no es, por sí misma, trascendente, sólo lo será en la medida que sirva para asegurar a las partes su derecho a un debido proceso, y a una decisión jurisdiccional pronta y eficaz.

Piero Calamandrei, refiriéndose al tema señala lo siguiente: «Las formas procesales no sirven, como podrían pensar los profanos, para hacer más complicado y menos comprensible el desarrollo del proceso, sino por el contrario, para hacerlo más simple y claro, en cuanto fuerza a las partes a reducir sus actividades al mínimo esencial y a servirse de modos de expresión técnicamente apropiados para hacerse entender con claridad al juez: las mismas, en lugar de un embarazo para la justicia son en realidad, una preciosa garantía de

(7) ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. EDIAR, Buenos Aires, 1961, pág. 627.

(8) COUTURE, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. DePalma, Buenos Aires, 1979, pág. 374.

(9) BERIZONCE, Roberto. Op. cit., pág. 25.

(10) «Artículo 178.- Nulidad de cosa juzgada fraudulenta.- Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable, puede demandarse, a través de proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez, o por éste y aquéllas».

(11) «Artículo V.- Principio de inmediación, 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».

(12) MORELLO, Augusto Mario. Estudios de nulidades procesales. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1980, pág. 157.

los derechos y de las libertades individuales»<sup>(13)</sup>.

Ahora bien, es importante precisar un concepto que se ha venido usando de manera errada en nuestro país, y es asimilar la idea de que todas las normas procesales son de orden público. Al respecto, es de indicar que si bien las normas que establecen las formalidades de los actos procesales son de **derecho público**, ello no implica que todas las normas procesales que establecen requisitos formales sean de orden público, es decir, no todas son imperativas.

En efecto, el mismo Código Procesal Civil ha establecido la posibilidad de pactar en contrario<sup>(14)</sup>, así por ejemplo, las partes pueden pactar respecto de la competencia territorial<sup>(15)</sup>, acordar una renuncia a recurrir<sup>(16)</sup> o una casación por salto<sup>(17)</sup>. Sin embargo, existen ciertas formas consideradas esenciales cuyo incumplimiento motivaría una afectación al derecho de defensa de alguna de las partes, pues su propósito es asegurar un debido proceso legal; éstas sí serán imperativas, y en consecuencia, de observancia obligatoria.

#### 4. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LAS NULIDADES PROCESALES.

Habiendo definido qué es la nulidad, y a través de ella qué se denuncia, resulta pertinente establecer cuáles son los principios que la rigen para, en función a ello, determinar en qué casos debe ser declarada.

A manera de aclaración, es de indicar que quizá es en este tema en donde la institución bajo análisis se presenta más claramente como una figura con matices propios y distintos de los que rigen la nulidad en materia civil.

Ahora bien, debemos tener presente que la nulidad procesal es, como afirma el profesor Juan Monroy Gálvez<sup>(18)</sup>, una situación no querida en el proceso, pues inevitablemente implica un retroceso en el

iter procesal, lo que significa prolongar el tiempo que demorará la solución del conflicto de intereses.

En tal virtud, como se podrá apreciar, los principios de la nulidad están destinados a autolimitar su utilización, a supuestos muy específicos en los que la afectación al derecho de defensa es patente e inevitable.

Veamos entonces cuáles son:

##### A. Principio de especificidad.

Implica que no basta que la ley establezca una determinada formalidad para que su omisión genere la nulidad del acto procesal, sino que esta sanción únicamente podrá aplicarse cuando surja de manera **expresa o implícita** de la ley.

Las nulidades expresas no requieren de mayor comentario, en éstas simplemente la ley establece la formalidad indicando que deben cumplirse bajo sanción de nulidad u otra fórmula similar. Sin embargo, el caso de las nulidades implícitas es diferente, y presupone que si bien dicha sanción no está prescrita específicamente por la ley, deberán aplicarse si el incumplimiento formal ha generado que el acto no cumpla con su finalidad, afectando de esta manera el derecho de las partes.

Como señala Alberto Maurino, las nulidades implícitas surgen debido a que: «...el legislador no puede prever en forma detallada y minuciosa las variantes y matices que en realidad asumen las irregularidades del acto procesal, que son causas de nulidad»<sup>(19)</sup>, en consecuencia, el sistema de legalidad debe ser atenuado por criterios moderadores como los siguientes:

- a. Disposición prohibitiva asimilada a la nulidad expresa. Esto implica la existencia de expresiones imperativas como «no será permitido», «es inadmisibles», etc.
- b. Finalidad del acto. J. Ramiro Podetti, al definir el principio señala que la nulidad deberá ser declarada:

---

(13) CALAMANDREI, Piero. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 246.

(14) «Artículo IX.- Principios de vinculación y de formalidad.- Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario».

(15) «Artículo 25.- Prórroga convencional de la competencia territorial.- Las partes pueden convenir por escrito someterse a la competencia territorial de un Juez distinto al que corresponde, salvo que la ley la declare improrrogable».

(16) «Artículo 361.- Renuncia a recurrir.- Durante el transcurso del proceso, las partes pueden convenir la renuncia a interponer recurso contra las resoluciones que, pronunciándose sobre el fondo, le ponen fin».

(17) «Artículo 389.- Casación por salto.- Procede el recurso de casación contra las sentencias de primera instancia, cuando las partes expresan su acuerdo de prescindir del recurso de apelación, en escrito con firmas legalizadas ante el Secretario de Juzgado».

(18) MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. cit., pág. 29.

(19) MAURINO, Alberto Luis. Nulidades procesales. Ed. Astra, Buenos Aires, 1992, pág. 26.

«...cuando la violación de una forma procesal o la omisión de un acto origina el incumplimiento del propósito perseguido por la ley y que puede dar lugar a la indefensión»<sup>(20)</sup>.

Como se puede apreciar, la aplicación del principio de especificidad está condicionada al principio de instrumentalidad de formas que, según enseña el profesor Luis A. Rodríguez<sup>(21)</sup>, implica en síntesis, lo siguiente:

a. Hay nulidad, aunque no haya sanción expresa, cuando el acto no cumpla con el fin para el que fue destinado, y en consecuencia, no proteja la defensa.

b. No hay nulidad, aun con norma expresa, cuando el acto, aun irregular, ha cumplido la finalidad para la que estaba destinado.

En el nuevo Código Procesal Civil el principio conocido en la doctrina como especificidad se encuentra regulado en el artículo 171<sup>(22)</sup> bajo la sumilla de «principio de legalidad», y contempla tanto la nulidad expresa como la implícita al haber previsto la posibilidad de que sea declarada, aun sin sanción establecida en la ley, cuando los actos procesales incumplieran los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

## B. Principio de convalidación.

En virtud del carácter excepcional que tiene la nulidad, se admite que los defectos formales de los actos, puedan ser saneados por la voluntad de la parte perjudicada con el incumplimiento de una formalidad.

El profesor uruguayo Eduardo Couture, refiriéndose al tema, sostuvo que «...en principio, en Derecho Procesal Civil, toda nulidad se convalida por el consentimiento», posteriormente precisa: «Aunque la conclusión parezca excesiva a primera vista, es me-

nester no alejar de la consideración de que el Derecho Procesal está dominado por ciertas exigencias de firmeza y de efectividad en los actos (...) 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»<sup>(23)</sup>.

Ahora bien, la voluntad consentidora de la parte perjudicada puede manifestarse expresa o tácitamente.

Habrà convalidación expresa en la medida que el acto procesal formalmente viciado, sea ratificado por la parte perjudicada.

---

*“... como se podrá apreciar, los principios de la nulidad están destinados a autolimitar su utilización, a supuestos muy específicos en los que la afectación al derecho de defensa es patente e inevitable”*

---

Existirá convalidación tácita cuando la parte legitimada para pedir la nulidad, no la deduzca en el momento debido. Este tipo de convalidación se sintetiza en el precepto *consensus non minus ex facto quam ex verbis colligitur* es decir, si el que puede y debe atacar, no ataca, aprueba.

El Código Procesal Civil ha regulado la convalidación tácita en el tercer párrafo del artículo 172<sup>(24)</sup> precisando que se presenta «cuando el facultado

---

(20) PODETTI, J. Ramiro. «Derecho Procesal Civil y Comercial. Tratado de los actos procesales». Tomo II, págs. 486-487. Citado por: MAURINO, ALberto Luis. Op. cit., pág. 39.

(21) RODRÍGUEZ, Luis A. Nulidades procesales. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1987, pág. 93.

(22) «Artículo 171.- Principio de legalidad y trascendencia de la nulidad.- 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.

(23) COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición. Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 391.

(24) «Artículo 172.- Principios de convalidación, subsanación o integración.- 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. Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado. Existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo. 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. El Juez puede integrar una resolución antes de su notificación. Después de la notificación pero dentro del plazo que las partes dispongan para apelarla, de oficio o a pedido de parte. El Juez puede integrarla cuando haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El plazo para recurrir la resolución integrada se computa desde la notificación de la resolución que la integra. El Juez superior puede integrar la resolución recurrida cuando concurren los supuestos del párrafo anterior».

para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo». Es decir, de la norma mencionada se desprende que se entenderá que ha operado la convalidación de la nulidad, cuando luego de presentado el primer escrito, se desprende que el perjudicado tomó conocimiento del incumplimiento formal y, pese a ello, no solicitó la anulación del acto viciado.

Por otro lado, es pertinente indicar que el citado artículo del Código Procesal Civil ha contemplado también otras figuras, distintas a la convalidación propiamente dicha, pero que tienen efectos similares, así por ejemplo, tenemos reguladas las siguientes instituciones:

a. **Aquiescencia.** Este término es usado por Carnelutti e implica un comportamiento que demuestre que la parte está dispuesta a sufrir el efecto de un acto viciado. El Código ha regulado el tema indicado prescribiendo que opera: «...si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento del contenido de la resolución»<sup>(25)</sup>.

Así por ejemplo, si una parte o tercero legitimado no es citado a una audiencia, sin embargo acude a ella, no podrá solicitar la nulidad posteriormente.

b. **Finalidad del acto.** Un acto procesal será válido si pese a haber incumplido un requisito formal, ha logrado su finalidad.

Por ejemplo, en relación al emplazamiento de una persona a través de su apoderado, el artículo 436 del Código de Procedimientos Civiles indica que sólo puede efectuarse si el representante estuviese facultado para ello y el demandado no se encontrara en el ámbito de competencia territorial del Juzgado.

Imaginemos que notificamos al apoderado porque desconocíamos el nuevo domicilio del demandado, sin embargo, éste se apersona y contesta la demanda. El emplazamiento, a pesar de ser defectuoso ha cumplido su finalidad.

En este caso, si bien el acto de notificación es un acto sobre el que podría pesar una sanción de nulidad

por no haber cumplido las formalidades establecidas, es un acto convalidado en tanto ha logrado su propósito.

c. **Subsanación.** Cuando la reparación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal.

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 artículo 122<sup>(26)</sup> del Código, es una resolución nula, sin embargo, atendiendo a este principio, la nulidad no podrá ser declarada como tal, toda vez que la subsanación del vicio no influirá en su sentido ni en sus consecuencias.

d. **Integración.** El Código ha regulado la integración en dos momentos: antes y después de la notificación.

La posibilidad de integrar una resolución antes de ser notificada, no es relevante, pues -como sabemos- una resolución sólo tiene efectos desde que es notificada, en consecuencia, lo que ocurra antes jamás podría ser materia de nulidad.

Pero lo que sí es trascendente, es que se ha regulado la posibilidad de que el juez integre una resolución en donde ha omitido pronunciarse respecto de un punto principal o accesorio, luego de su notificación, pero antes que venza el plazo para impugnarla.

Por ejemplo, si el Juez al resolver respecto de una obligación de dar suma de dinero, omitió pronunciarse sobre los intereses o del pago de una indemnización, está en aptitud de hacerlo hasta antes de que venza el plazo de cinco días para su apelación, el que volverá a computarse respecto de estos extremos.

Sin embargo, un extremo en el que no queda clara la posibilidad de integrar una resolución, en los términos anteriormente explicados, pese a que la citada norma del Código Procesal Civil lo admite, es que sea el juez superior quien lo haga respecto de la resolución impugnada. En efecto, en este caso -en nuestra opinión- el juez superior sólo podrá pronunciarse integrando la

---

(25) Ver cita No. 24.

(26) «Artículo 122.- Contenido y suscripción de las resoluciones.- Las resoluciones contienen:

1. La indicación del lugar y fecha en que se expiden;
  2. El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden;
  3. La relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión, la que se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho;
  4. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos;
  5. El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso;
  6. La condena en costas y costos y, si procediera, de multas; o la exoneración de su pago; y
  7. La suscripción del Juez y del Auxiliar jurisdiccional respectivo.
- La resolución que no cumpliera con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requerirán de los signados en los incisos 3, 5 y 6, y los autos del expresado en el inciso 6».

resolución recurrida si el «a quo» ha analizado el tema en los considerandos, omitiendo fallar respecto de estos extremos, pues lo contrario implicaría afectar el derecho a la doble instancia reconocido en la Constitución de 1993 como una garantía de la administración de justicia<sup>(27)</sup>.

En síntesis, como se ha podido apreciar, en materia de convalidación lo que importa no es tanto querer convalidar, sino más bien no querer invalidar. En efecto, si asumimos que para que opere la nulidad es imprescindible su declaración judicial, debemos entender que, en tanto no se ejecute una conducta destinada a conseguir tal sanción, el acto será reputado válido y eficaz.

### C. Principio de trascendencia.

Este principio se sintetiza en el precepto: *pas de nullite sans grief*, es decir, no hay nulidad sin agravio. En efecto, las nulidades no existen por el mero interés de la ley, por tanto: no hay nulidad sin un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad.

Eduardo Couture refiriéndose al tema enseñaba: «...no existe impugnación de nulidad, en ninguna de sus formas, si no existe un interés lesionado que reclame protección. La anulación por la anulación no vale»<sup>(28)</sup>.

Ahora bien, el principio de trascendencia sirve también para delimitar la legitimidad para solicitar la nulidad, pues sólo podrá alegarla la parte que sea perjudicada con el acto procesal viciado, así, afirma Mortara<sup>(29)</sup>: «Si la formalidad omitida o el acto incumplido se había establecido como protección especial de una de las partes, la nulidad no puede ser argüida por aquella a quien no alcanza tal protección. Admitir lo contrario, sería incentivar las argucias legales y la mala fe procesal».

En lo que respecta a la regulación de este principio en el Código Procesal Civil, es de indicar que lo que se ha determinado como principio de trascendencia, no es exactamente lo que en doctrina se conoce

como tal, más bien este principio está normado en el artículo 174, cuya sumilla es **interés para pedir la nulidad**<sup>(30)</sup>. Al respecto, es importante indicar que nuestro Código va más allá de la exigencia de que sea el perjudicado quien solicite la nulidad pues determina que quien la pide debe **además, precisar cuál es la defensa que dejó de utilizar**, de este modo se evita el mal uso de la institución, esto es, con el único propósito de prolongar el proceso.

---

*“...los principios que rigen la nulidad procesal no pueden aplicarse de manera aislada (...) sólo son eficaces en su conjunto para hacer de la nulidad procesal un mecanismo valioso, destinado a asegurar el derecho a un debido proceso, y no volverlo un mecanismo de control de un formalismo absurdo ...”*

---

Así por ejemplo, imaginemos un proceso en el que se pida la nulidad de un auto a través del cual el juez comunicó a las partes su decisión de emitir un juzgamiento anticipado; sin embargo no fundamentó tal decisión. Si así fuera, la parte que se considere perjudicada, que probablemente será la demandada, solicitará la nulidad de la resolución indicando que carece de fundamentación y además le perjudica, toda vez que no tendrá oportunidad de actuar las pruebas que ha ofrecido.

### D. Principio de protección.

Este principio guarda relación con lo que se conoce como la doctrina de los actos propios, ello significa, en este caso, la aplicación del precepto «*nemo auditur*

---

(27) «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)  
6. La pluralidad de la instancia».

(28) COUTURE, Eduardo. Op. cit., pág. 397.

(29) MORTARA, Ludovico. Citado por: MAURINO, Alberto. Op. cit., pág. 68.

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

*propriam turpitudine allegans*», es decir, quien solicita la nulidad no puede ser quien haya dado lugar a la realización del acto nulo. El profesor Rodríguez señala al respecto que: «El que ha omitido las diligencias o trámites, instituidos en su propio interés, no puede impugnar la validez de los actos procesales. Nadie puede alegar su propia torpeza, pues -en tal caso- no ha de ser oído»<sup>(31)</sup>.

En nuestra opinión, la idea central es que el litigante que realiza el acto nulo no puede tener la posibilidad de elegir cuáles deben ser sus efectos, es decir, aceptarlos si le son favorables o denunciar sus defectos si le son adversos, pues ello implicaría un atentado contra los principios de lealtad y buena fe procesal, y fomentaría que litigantes maliciosos siembren nulidades para posteriormente denunciar su presencia y retrasar el proceso.

Este principio se encuentra reconocido en el Código Procesal Civil, pero no como principio sino como una causal de improcedencia regulada en el artículo 175, inciso 1<sup>(32)</sup>.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que los principios que rigen la nulidad procesal no pueden aplicarse de manera aislada, pues se trata de pautas concatenadas que sólo son eficaces en su conjunto para hacer de la nulidad procesal un mecanismo valioso, destinado a asegurar el derecho a un debido proceso, y no volverlo un mecanismo de control de un formalismo absurdo y sin mayor perspectiva práctica.

## 5. CARACTERÍSTICAS.

Entre las características más importantes de la nulidad procesal, podemos indicar las siguientes:

a. Se trata de un recurso o remedio, excepcional, último, al que debe recurrirse sólo cuando el vicio no pueda sanearse de un modo distinto a la aplicación de la sanción, pero si hay otro camino transitable ésta debe desestimarse.

b. Es un medio impugnatorio de interpretación restringida, es decir, en caso de duda sobre la existencia del defecto cabe aplicar el principio *in favor processum*,

es decir, se debe desestimar la nulidad y optar por la continuación del *iter* procesal.

c. Es un medio impugnatorio de aplicación restringida, es decir, en principio, la nulidad de un acto viciado no debe alcanzar a los demás, a menos que se demuestre que lo contrario implicaría una afectación al derecho de defensa. El artículo 173 del Código Procesal Civil ha regulado el tema bajo la sumilla de **extensión de la nulidad**<sup>(33)</sup>.

d. Un acto procesal viciado de nulidad se reputa válido hasta que una decisión del órgano jurisdiccional no determine lo contrario.

## 6. A MANERA DE CONCLUSIÓN: TRÁMITE DE LA NULIDAD.

Para terminar, respondamos a algunas preguntas concretas respecto del trámite de la nulidad:

### A. ¿Quiénes pueden deducir la nulidad?

En principio, podrá solicitar la nulidad la parte que se perjudique con un acto viciado realizado por el órgano jurisdiccional o por la otra parte.

Por otro lado, y aun cuando en primer momento nos parezca contradictorio en función al principio de convalidación, el Código ha previsto que el juez también podrá deducir la nulidad de oficio, pero para que tal disposición sea coherente, debemos entender que sólo podrá deducir las nulidades expresas o implícitas por defectos que tengan la calidad de insubsanables.

En nuestra opinión, en este aspecto debemos tener mucho cuidado, pues efectivamente no basta que la ley haya establecido la sanción de nulidad para que el juez pueda deducirla de oficio, así por ejemplo: el artículo 122 establece los casos de nulidad de resoluciones, allí se indica que será nula la resolución que no indica el lugar y fecha de su expedición, o el número de orden que le corresponde dentro del expediente.

En principio, en estos casos el juez sí está en aptitud de pronunciarse respecto de la nulidad, sin embargo, antes de hacerlo deberá considerar si es im-

(31) RODRÍGUEZ, Luis A. Op. cit., pág. 95.

(32) «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».

(33) «Artículo 173.- Extensión de la nulidad.- La declaración de nulidad de un acto procesal 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 las otras que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario».

prescindible usar esta opción extrema, es decir, si es indispensable que declare la nulidad porque en caso contrario se estaría vulnerando el derecho de defensa o el debido proceso de las partes. Si de esa evaluación surge un resultado positivo, deberá declararla, pero no en caso contrario, pues debemos evitar que el proceso se vuelva lo que nos indicaba con mucho acierto el maestro Eduardo Couture: una *misa jurídica*, donde prevalece el formalismo ritual antes que la justicia efectiva.

Es decir, las formas en sí mismas no son importantes, se vuelven trascendentes cuando detrás de ellas existe una protección a los principios rectores del proceso y una garantía a los derechos de las partes.

## B. ¿Cuándo se deducen?

Resuelto el tema de quiénes pueden deducir las nulidades, debemos analizar cuál es el momento para hacerlo, este tema es importante si tenemos en cuenta que la mayoría de las nulidades pueden ser convalidadas por las partes si no son deducidas en su momento.

El Código Procesal Civil Peruano, siguiendo lo regulado en el Código General del Proceso de Uruguay<sup>(34)</sup>, ha establecido que una nulidad se deduce en la primera oportunidad que el perjudicado tenga para hacerlo. Si bien esta fórmula 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.

Sin embargo, atendiendo a la naturaleza de la institución, debemos entender que se trata del segundo caso, es decir, se entenderá convalidada una nulidad si la parte realizó un acto del que implícitamente se desprende que ha conocido y asentido en la falta de utilización de la forma prevista.

Ahora bien, podría pensarse que hubiera sido más sencillo haber previsto un plazo, tal como lo hace el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina<sup>(35)</sup>, sin embargo, era una cuestión de opción legislativa, en la que se debió elegir entre dos valores: justicia y seguridad jurídica, habiéndose optado -acertadamente en mi opinión- por el primero.☞

---

(34) Código General del Proceso Uruguayo. «Artículo 112.- Subsanción de la nulidad.- No puede pedir la anulación de un acto quien lo ha consentido aunque sea tácitamente.

Importa consentimiento tácito, el no reclamar la reparación de la nulidad en la primera oportunidad hábil al efecto y por la vía correspondiente».

(35) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina). «Artículo 170.- Subsanción.- La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fuere 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».