

# LAS NULIDADES PROCESALES EN EL DERECHO COMPARADO

Lorenzo ZOLEZZI IBÁRCENA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Objetivos*. 1. *Principio de especificidad*. 2. *Principio de instrumentalidad de las formas*. 3. *Principio de trascendencia*. 4. *Principio de convalidación*. *Nulidades absolutivas o radicales*. *Acto inexistente*. 5. *Principio de protección*. 6. *Extensión o efectos*. 7. *Causales de nulidades*. III. *Reflexión final*.

## I. INTRODUCCIÓN

El tema de las nulidades procesales es complejo en cualquier dimensión de análisis. En el terreno doctrinario, por ejemplo, se pueden citar una serie de materias que aún suscitan encendido debate entre los tratadistas: ¿el acto procesal puede ser nulo por razones diversas a las formales?, ¿cabe hablar de acto procesal inexistente?, ¿todas las nulidades son convalidables o existen nulidades absolutas que no admiten convalidación?, ¿cuáles son estas nulidades absolutas o sustanciales?, ¿qué son formas esenciales?

Los códigos procesales, por su parte, tratan el asunto de maneras muy diversas. Algunos, como el peruano, el español, el chileno, el uruguayo, el del Distrito Federal mexicano, no poseen un capítulo dedicado especialmente a las nulidades del acto jurídico procesal. La materia es cubierta en los recursos impugnatorios, en los incidentes y en disposiciones aisladas sobre nulidad de actuaciones o notificaciones. Otros, en cambio, siguiendo quizás la inspiración del Código italiano que entró en vigor en 1942, incluyen expresamente un capítulo sobre la nulidad de los actos procesales. Es el camino seguido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino, el Código de Procedimiento Civil de Colombia, el Novo Código de Processo Civil del Brasil y el Código del Ecuador, según las modificaciones introducidas en diciembre de 1978.

Pudiera parecer que estos códigos han resuelto muchos de los problemas discutidos en doctrina. Algunos de sus comentaristas, sin embargo, consideran que los grandes problemas siguen estando librados

a la interpretación jurisprudencial y a la elaboración doctrinaria. Refiriéndose al Código italiano, Redenti realiza el siguiente comentario: “Al tema de las nulidades está dedicado, según su rúbrica, el último capítulo del título sexto. Pero se reduce a unas pocas disposiciones, y aun esas mismas muy imperfectas. En efecto, gravísimas son las lagunas, y no ligeras tampoco las dificultades de interpretación”.<sup>1</sup>

Finalmente, en el nivel de la práctica forense y los usos ante los tribunales, la nulidad posee el raro privilegio de ser el refugio de la dilación y la sinrazón, y a la vez la arena que puede dar cabida a los aspectos más sublimes del proceso. Lo primero alude a la costumbre de los abogados de sembrar nulidades a lo largo del proceso, con el objeto de invocarlas si ven perdida la causa; lo segundo, a los muchos casos en que una nulidad oportunamente deducida o declarada de oficio ha restablecido el equilibrio entre las partes y protegido el derecho de defensa.

## II. OBJETIVOS

El presente trabajo tratará de realizar una presentación sistemática de los principios que informan en doctrina la teoría de la nulidad de los actos jurídicos procesales, ilustrándolos con la manera en que dichos principios han sido asumidos en diversos códigos procesales.<sup>2</sup>

### 1. Principio de especificidad<sup>3</sup>

El Código peruano expresa el principio en toda su sencillez: “En ningún caso se declarará la nulidad, ni de oficio ni a petición de parte, por causar no prevista expresamente en la Ley” artículo 1087º, segunda parte). Es el viejo principio francés de *pas de nullité sans texte* (no hay nulidad sin texto). Se sabe que no es posible prever todas las situaciones, por lo que la doctrina ha ampliado este principio con la introducción de una serie de complementos.

<sup>1</sup> Redenti, Enrico. *Derecho procesal civil*, t. I, p. 214.

<sup>2</sup> Véase la relación de códigos utilizados que figura al final del trabajo. En el caso de Venezuela no nos ha sido posible contar con el Código que ha entrado en vigencia el presente año, por lo que nos hemos visto limitados a trabajar con el Código de 1916, actualizado a 1978.

<sup>3</sup> Muchos autores han tratado de sistematizar los principios aplicables a las nulidades procesales. Nosotros seguimos a Condorelli, E., “Presupuestos de la nulidad procesal”, en *Estudios de nulidades procesales*. Véase también Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*.

### A. Primer complemento: nulidades implícitas

Son aquellas que proceden cuando el acto carece de requisitos indispensables para obtener su fin o cuando se violan formalidades o requisitos esenciales. Para algunos autores las nulidades implícitas podrán ser decretadas cuando el acto viciado “vulnera alguna de las garantías fundamentales del proceso, cual es la bilateralidad del mismo, que hace a un debido proceso”.<sup>4</sup>

Para Redenti este tipo de complemento, contenido por lo demás en el Código italiano, alude a la “garantía de la voluntariedad, claridad, certeza, documentación, controlabilidad y lealtad del contradictorio e integridad de la defensa ajena, simplificación, economía”.<sup>5</sup>

### B. Segundo complemento: nulidades virtuales

Éstas son las que se producen cuando se viola una ley imperativa o prohibitiva. En el Perú, por ejemplo, cabría solicitar la nulidad de un embargo trabado contra la hacienda pública, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 245 del CPC: “Contra la Hacienda Pública no procede en ningún caso el embargo preventivo”. También sería posible plantear la nulidad de todo lo actuado en un proceso en el cual una de las partes hubiera estado patrocinada por una persona que no es abogado, a pesar de no existir norma que conmine expresamente la nulidad en estos casos.

### C. Tercer complemento: nulidades provenientes de vicios del consentimiento

Respecto a este punto hay posiciones antagónicas en doctrina. Recientemente, diversos autores argentinos tienden a defender la posibilidad de que pueda invocarse como causal de nulidad un vicio de consentimiento. Para Oscar J. Martínez,<sup>6</sup> existen tres razones que explican que no se haya prestado la debida atención a todo lo relativo a los vicios del consentimiento en el acto procesal: a) el hiperdesarrollo de la teoría de la cosa juzgada, que ha extremado el principio de la intangibilidad de la sentencia; b) la seguridad jurídica e, incluso, ra-

<sup>4</sup> Giovannoni, Adrio, “Los vicios formales en la realización del acto procesal”, en *Estudios de nulidades procesales*, p. 75.

<sup>5</sup> Redenti, *op. cit.*, t. I, p. 219.

<sup>6</sup> Martínez, Oscar, “Los vicios del consentimiento en la realización del acto procesal”, en *Estudios de nulidades procesales*, pp. 57 y 58.

zones que se vinculan con los principios de celeridad y economía, y c) la actuación desmedida del principio procesal de convalidación. Ciertamente que los procesalistas transitan con extrema cautela por este terreno, como lo hace Palacio al utilizar la expresión "vicios del consentimiento cuando ellos fueren invocables".<sup>7</sup>

Redenti posee una posición intermedia y más matizada, empleando el concepto de voluntariedad, pero reconociendo una posibilidad excepcional respecto a los actos dispositivos:

Normalmente, los actos procesales no son afectados, en cambio, de nulidad o anulabilidad por vicios de la voluntad (dolo, error o violencia), ya que la ley, como lo hemos hecho notar, excluye de ordinario investigaciones de esta índole, deteniéndose ante la simple voluntariedad. Excepcionalmente, una posibilidad de impugnación por ese título se debe considerar, sin embargo, que se da respecto de los actos dispositivos en que excepcionalmente se toma en consideración también la voluntad (causal-final). Habrá en cambio nulidad absoluta, si (no obstante las apariencias formales) resulta excluida la voluntariedad.<sup>8</sup>

En este acápite, conviene citar el artículo 442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, que a la letra dice: "Serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo la intimidación o la fuerza. Los Jueces y Salas que hubiesen cedido a la intimidación o a la fuerza, tan luego como se ven libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables."

#### D. Cuarto complemento: nulidades no formales

Este punto no constituye estrictamente una categoría lógica del mismo orden que las que anteceden, puesto que, por ejemplo, una nulidad proveniente de un vicio del consentimiento, tema ya tratado, sería una nulidad no formal. Sin embargo, amerita su consideración autónoma la forma como el Código italiano consagra el principio de especificidad. En efecto, el artículo 156, en su primer apartado, está redactado de la forma siguiente: "No podrá pronunciarse la nulidad por inobservancia de formas de ningún acto del proceso, cuando la nulidad no esté conminada por la ley."

Tanto Redenti como Carnelutti coinciden en señalar que el artículo 156 debe ser interpretado extensivamente mediante la analogía. "Para

<sup>7</sup> Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, p. 352.

<sup>8</sup> Redenti, *op. cit.*, p. 218.

otras causas o categorías de causas, será necesario por consiguiente razonar por analogía o argumentando por las exigencias y el espíritu del sistema.”<sup>9</sup> Causales posibles de nulidad, no expresamente consideradas en el concepto de formas, podrían ser la incapacidad o el defecto de representación legítima del sujeto agente o del sujeto a quien éste envía o dirige un acto recepticio.

Para Carnelutti el legislador no quiso “afrontar el problema de los vicios extraformales, con una prudencia acaso excesiva, puesto que la teoría de los requisitos de los actos procesales, en toda su amplitud, estaba ya construida antes del nuevo Código”.<sup>10</sup> Este mismo autor distingue tres categorías de requisitos de los actos jurídicos: presupuestos, elementos y circunstancias. Los presupuestos y los elementos son requisitos intrínsecos del acto, mientras que las circunstancias son requisitos extrínsecos. Los presupuestos son tres: capacidad, legitimación e idoneidad del objeto; los elementos son igualmente tres; forma, intención y causa, y, finalmente, también son tres las circunstancias: lugar, tiempo y condición. Queda, pues, amplio margen para la búsqueda de vicios que afecten al acto jurídico procesal y que no provengan exclusivamente de las formas.

### E. Volviendo a los códigos

Los códigos estudiados que consagran el principio de especificidad tienden a atenuarlo por lo menos haciendo uso del complemento de las nulidades implícitas: hay nulidad, a pesar de no estar específicamente prevista en la ley, si el acto carece de requisitos indispensables para obtener su fin. Esta introducción del concepto de nulidad relacionada con la apreciación del fin, es normalmente enriquecida de inmediato, en diversos códigos, con la incorporación del principio de la instrumentalidad de las formas, por lo que nos parece conveniente pasar al desarrollo de dicho principio y dentro de él consignar los textos de los códigos.

### 2. Principio de instrumentalidad de las formas

Puede darse el caso de un acto procesal que se realiza contraviniendo una fórmula legal que prevé expresamente la nulidad ante determinada inobservancia u omisión, o de un acto que viola un requisito indispensable; pero en ambos casos puede haberse logrado el

<sup>9</sup> *Idem*, pp. 216 y 217.

<sup>10</sup> Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, pp. 531 y 532.

fin que subyace como razón de ser del acto. El principio de instrumentalidad de las formas establece que ante esta situación no procede la sanción de nulidad.

Ahora sí podemos comparar los textos de diversos códigos, los que tienden a tratar en un mismo artículo el principio de especificidad, el complemento de las nulidades implícitas y el principio de la instrumentalidad de las formas.

a) Código italiano, artículo 156. Trascendencia de la nulidad:

No podrá pronunciarse la nulidad por inobservancia de formas de ningún acto del proceso, cuando la nulidad no esté conminada por la ley.

Podrá, sin embargo, pronunciarse, cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para conseguir su finalidad.

La nulidad no podrá nunca pronunciarse, cuando el acto haya alcanzado la finalidad a que estaba destinado.

b) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículo 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.

c) Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México, artículo 74: “Las actuaciones serán nulas cuando les falte alguna de las formalidades esenciales, de manera que quede sin defensa cualquiera de las partes, y cuando la ley expresamente lo determine, pero no podrá ser invocada esa nulidad por la parte que dio lugar a ella.”

d) Código de Procedimiento Civil de Venezuela, artículo 229: “Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto del procedimiento. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la Ley, o cuando haya dejado de llenarse en el acto alguno de los requisitos esenciales a su validez.”

e) Código de Procedimiento Civil del Ecuador, artículo 372: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1135, el proceso es nulo, en

todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código.”

f) Novo Código de Procceso Civil, Brasil, artículo 244: “Cuando la ley prescribe determinada forma, sin sanción de nulidad el juez considerará válido el acto si, realizado de otro modo, alcanzara su finalidad.”

g) Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, artículo 385-8: “La nulidad de actuaciones o resoluciones sólo se decretará cuando sea absolutamente indispensable su pronunciamiento para evitar indefensión o para orientar el curso normal del juicio. Tampoco debe prosperar si es posible reponer el trámite o corregir la actuación sin perjuicio de los demás procedimientos.”

h) Código de Procedimiento Civil de Colombia, artículo 156-4: “La nulidad se considerará saneada, en los siguientes casos: 4. Cuando a pesar del vicio del acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.”

i) Código de Procedimientos Civiles del Perú, artículo 1086: “No hay nulidad: 2. Si el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, ha logrado el fin al que estaba destinado.”

La primera observación que puede hacerse después de leer detenidamente los artículos transcritos es que los códigos se ocupan de los temas que venimos estudiando de manera muy diversa y están muy lejos de poseer comunidad de perspectiva y de redacción. Los códigos italiano y argentino son muy similares, y, como dijimos líneas arriba, en un mismo artículo tratan el principio de especificidad (primer párrafo), la referencia al complemento de las nulidades implícitas (segundo párrafo) y el principio de la instrumentalidad de las formas (tercer párrafo). Los códigos examinados, antes que en la declaración que no hay nulidad sin ley, que sólo cuatro la consignan expresamente, tienden a coincidir en la indicación de la nulidad implícita, que es una perspectiva mucho más realista e indispensable complemento del principio, dada la imposibilidad de prever en la ley todas las posibles fuentes de nulidad. El enunciado de la nulidad implícita varía desde las fórmulas más genéricas que rezan: “requisitos esenciales a su validez” (Venezuela), pasando por las más elaboradas del tipo de la italiana o argentina: “requisitos formales indispensable para conseguir su finalidad”, hasta las que contienen referencias mucho más precisas, como el Código mexicano para el Distrito Federal, que dice: “cuando les falte alguna de las formalidades esenciales de manera que quede sin defensa cualquiera de las partes.” También el Código

de Costa Rica, aunque a través de una redacción muy diversa a la de los demás códigos, habla de "absolutamente indispensable su pronunciamiento para evitar indefensión".

El principio de instrumentalidad de las formas ha sido recogido, además de Italia y Argentina, por los códigos de Brasil, Colombia y Perú.

No existe todavía en doctrina un desarrollo cabal de lo que se denominan las formalidades esenciales del procedimiento. Ya hemos visto, al tratar de las nulidades implícitas, que los autores consultados utilizan los conceptos de bilateralidad del proceso, debido proceso, voluntariedad, claridad, certeza, documentación, controlabilidad, lealtad del contradictorio, integridad, simplificación, economía. La mayoría de los códigos enumera las formalidades esenciales del procedimiento al regular los recursos impugnatorios, como por ejemplo el de nulidad o casación. Sobre este punto, comentando el segundo apartado del artículo 14 de la Constitución política de México, el maestro Héctor Fix-Zamudio dice lo siguiente:

Las formalidades esenciales del procedimiento son las que debe tener todo procedimiento no sólo judicial, sino también administrativo, como lo señalamos anteriormente, para proporcionar una verdadera oportunidad de defensa a los afectados. Este requisito queda comprendido, como lo señala acertadamente la doctrina, dentro del concepto angloamericano del debido proceso (*due process of law*), en sus aspectos procesales, y que también se conoce como derecho de defensa según la tradición española. Las formalidades esenciales del procedimiento han sido consignadas en sentido negativo por los artículos 159 y 160 de la Ley de Amparo.<sup>11</sup>

A título de ejemplo mencionaremos algunas de las circunstancias indicadas en el artículo 159 de la Ley de Amparo de México como violatorias de las leyes de procedimiento: cuando no se cite al recurrente a juicio o se le cite en forma distinta de la prevenida por la ley; cuando el quejoso haya sido mala o falsamente representado en el juicio de que se trate; cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido, o cuando no se reciban conforme a ley; cuando no se le concedan los términos o prórrogas a que tuviere derecho con arreglo a la ley; cuando sin su culpa se reciben, sin su

<sup>11</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, p. 38.



conocimiento, las pruebas ofrecidas por las otras partes, con excepción de las que fueren instrumentos públicos, etcétera.<sup>12</sup>

### 3. *Principio de trascendencia*

Este principio es identificado generalmente a través de su expresión en francés: *pas de nullité sans grief*, es decir, no hay nulidad sin perjuicio, y ha ido ganando aceptación en la doctrina y en la legislación, en la medida que se ha cobrado conciencia de la inconveniencia de mantener la nulidad por la nulidad misma. Representa, en rigor, una reacción contra el formalismo.

El Código argentino es el que ha acuñado la forma más acabada del principio: Artículo 172, segundo párrafo: "Quien promoviere el incidente deberá expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer." También es preciso el Código brasileño en el parágrafo primero del artículo 249: "El acto no se repetirá ni se subsanará la falta cuando no perjudique a la parte." El Código colombiano, en su artículo 155, segundo párrafo, exige que la parte que alegue una nulidad exprese su interés para proponerla.

Otros códigos se refieren específicamente a los emplazamientos y notificaciones, limitándose a señalar que si el litigante se comporta en el juicio de manera tal que manifiesta haber tenido conocimiento de una providencia que no fue notificada, no procede declarar la nulidad, pues resulta evidente que no se ha causado perjuicio alguno con la omisión; o precisan que la falta de citación o la omisión de alguna solemnidad sustancial debe haber impedido que el demandado haga valer sus derechos o puede influir en la decisión de la causa (códigos peruano, artículo 1086, y ecuatoriano, artículos 379 y 380).

### 4. *Principio de convalidación. Nulidades absolutas o radicales. Acto inexistente*

*Acto inexistente.* La doctrina es coincidente al sostener que todas las nulidades son convalidables por el consentimiento, ya sea en forma expresa o tácita, por la parte que podría invocarlas. La convalidación provoca la preclusión de la facultad de pedir la anulación.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Cfr., Ley de Amparo, edición a cargo de José Carlos Guerra Aguilera.

<sup>13</sup> Sobre la relación entre convalidación y preclusión, véase Barrios, Eduardo, "Convalidación de la nulidad del acto procesal", en *Estudios de nulidades procesales*, pp. 130 y 131, y Podetti, Ramiro, *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, t. II, p. 491.

Pero, como ocurre cuando se trata el principio de especificidad, esta afirmación debe ser matizada, pues surgen inmediatamente ejemplos de situaciones frente a las cuales repugna la idea de una convalidación o subsanación, como en el caso de una resolución pronunciada por quien no es juez. Para este tipo de casos, un sector de la doctrina reserva la denominación de actos inexistentes: "El acto inexistente . . . constituye un acto que, por la falta de uno de los elementos necesarios e indispensables para su vida misma, no puede concebirse ni como acto ni como existente de hecho, en tanto que el acto nulo es aquel al que no puede serle desconocida una existencia de hecho, mientras carece de modo absoluto de la existencia jurídica."<sup>14</sup>

Salta a la vista el interés práctico de la distinción entre actos nulos e inexistentes, pues mientras el acto nulo es susceptible de convalidarse, el acto inexistente "puede ser objeto de impugnación sin límite temporal alguno, incluso mediante el ejercicio de una simple pretensión declarativa de inexistencia".<sup>15</sup>

Pero aquí emerge una nueva fuente de debate. ¿Es necesario pronunciamiento judicial sobre el acto inexistente, aunque sea una declaración de inexistencia, como acabamos de ver que sostiene Palacio? Es conocida la fórmula de Couture: "el acto inexistente (hecho) no puede ser convalidado, ni necesita ser invalidado."<sup>16</sup> En cambio, Redenti abre el camino para algún género de vía procesal contra la inexistencia: "la nulidad-inexistencia puede ser denunciada de cualquier otro modo, en cualquier otro tiempo y ocasión, por el juez y por cualquier interesado, y por definición es insanable e irremediable";<sup>17</sup> como que alguien haya hecho una citación a juicio mediante una intimación oral.

Los códigos analizados, quizá porque la dinámica de la legislación es otra que la de la doctrina, se limitan a consagrar el principio de la convalidación e indican sus excepciones en términos muy generales, dejando a la interpretación jurisprudencial y a la doctrina la delimitación precisa de aquello que resulta insubsanable. "El concepto de inexistencia —declara Carnelutti— es uno de los conceptos que habiendo opuesto mayores dificultades a los esfuerzos de la ciencia, la nueva ley no ha osado formular. Esto no exime al intérprete del deber de deducir de las normas el principio."<sup>18</sup>

Casi todos los códigos contienen el principio de convalidación, sien-

<sup>14</sup> Rocco, Ugo, *Teoría general del proceso civil*, pp. 507-509.

<sup>15</sup> Palacio, *op. cit.*, t. I, p. 353.

<sup>16</sup> Couture, *op. cit.*, p. 377.

<sup>17</sup> Redenti, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

<sup>18</sup> Carnelutti, *op. cit.*, t. I, pp. 535-537.

do el más completo de los analizados el colombiano, que dedica cuatro incisos al saneamiento de la nulidad (artículo 156). Los casos considerados son los siguientes: a) Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente; b) Cuando todas las partes, o la que tenía interés en alegarla, la convalidaron en forma expresa antes de haber sido repuesta la actuación anulada; c) Cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente; d) Cuando a pesar del vicio del acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.

El Código argentino (Procesal Civil y Comercial de la Nación) posee la peculiaridad de establecer un número de días para que se configure el consentimiento tácito. Veamos su artículo 170: "Subsanación. 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."

El Código mexicano (para el Distrito Federal) contiene el principio en su artículo 77: "La nulidad de una actuación debe reclamarse en la actuación subsiguiente, pues de lo contrario aquella queda revalidada de pleno derecho, con excepción de la nulidad por defecto en el emplazamiento."

También han incluido el principio los códigos de Italia (artículo 157), Venezuela (artículo 233), Costa Rica (artículo 385-4), Chile (artículo 85-2), Uruguay (artículo 673), Brasil (artículo 245), Ecuador (artículo 377).

Como dijimos anteriormente, los códigos plantean excepciones a la convalidación, las mismas que se enumeran a continuación:

1) Vicios derivantes de la constitución del juzgador o de la intervención del Ministerio Público (Italia, artículo 158, concordante con el artículo 161).

2) Vicios provenientes de falta de jurisdicción (Colombia, artículo 156, *in fine*; Ecuador, artículo 377, *in fine*).

3) Quebrantamiento de leyes de orden público (Venezuela, artículo 233).

4 Defectos en el emplazamiento (México, D. F., artículo 77, *in fine*).

5) Omisión de actos que la ley impone para garantizar el derecho de terceros (Código Procesal Civil de Tucumán, Argentina, artículo 167, *in fine*).

La doctrina se muestra también cauta cuando se trata de entrar a detallar los vicios insubsanables, y se prefieren utilizar las fórmulas generales de bilateralidad del contradictorio y debido proceso legal. Carnelutti nos habla de requisitos "cuya ausencia no consiente, ni siquiera por excepción, la obtención de la finalidad",<sup>19</sup> y pone el ejemplo de una sentencia pronunciada oralmente. Alsina, siguiendo a Lascano, entiende por formas sustanciales las que hacen efectivas las garantías procesales contenidas en la Constitución nacional.<sup>20</sup> Eduardo Barrios introduce los vicios intrínsecos (o sustanciales) de incapacidad, error, dolo, violencia, fraude o simulación.<sup>21</sup> Finalmente, para Goldschmidt son imperativas, y en consecuencia no subsanables:

Las disposiciones sobre la constitución del Tribunal, admisibilidad de la vía procesal civil, competencia excluyente, capacidad para ser parte, capacidad procesal y poder de representación legal, publicidad de los debates, plazos perentorios, plazo y forma de la demanda de reposición y sobre las formas de las peticiones sobre el fondo en los procesos en que intervengan abogados.<sup>22</sup>

El artículo 172 del Código argentino estipula que la nulidad podrá ser declarada a petición de parte o de oficio, siempre que el acto viciado no estuviere consentido. Según la doctrina argentina, esta construcción no abarcaría ni los actos inexistentes ni aquellos atacados por los ya mencionados vicios intrínsecos de incapacidad, error, dolo, violencia, fraude o simulación, que son insubsanables. Pero aun tratándose de las nulidades típicas, hay posiciones discrepantes, como la de Esclapez, quien sostiene que "frente a la preclusión está el interés superior de la justicia que interesa al orden público; de ahí que si la resolución o diligencia viciada (sustancialmente) puede llegar a tener influencia en el resultado del pleito, es de rigor la declaración de nulidad, aun de oficio".<sup>23</sup>

También ha dado lugar a discusión la aparente contradicción entre el artículo 158 y el 161 del Código italiano. El artículo 158, como hemos visto, declara que los vicios provenientes de la constitución del

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, pp. 649 y 650.

<sup>21</sup> Barrios, l.c., pp. 131-133.

<sup>22</sup> Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, p. 321.

<sup>23</sup> Condorelli, l.c., pp. 103-106.

juzgador o de la intervención del Ministerio Público dan lugar a nulidades insubsanables y decretadas de oficio "salvo lo dispuesto en el artículo 161". Este artículo, por su parte, dice que "la nulidad de las sentencias sujetas a apelación o a recurso de cesación, sólo podrá hacerse valer dentro de los límites y según las reglas peculiares de estos medios de impugnación. Esta disposición no se aplicará cuando la sentencia carezca de la firma del juzgador".

Pareciera, pues, que la insanabilidad del artículo 158 no es absoluta, y que vencidos los plazos perentorios dentro de los cuales pueden interponerse los recursos de apelación y casación, los actos quedarían subsanados, con lo cual se daría el caso de sentencias pronunciadas por un tribunal indebidamente constituido o sin intervención del Ministerio Público cuando la ley dispone su participación, y que serían validados por preclusión del término para impugnarlas, salvo el caso de carencia de firma. Redenti trata de encontrar la solución distinguiendo entre vicios de composición veniales y capitales.

Si son veniales, serán siempre denunciables de oficio en curso de procedimiento (también en sede de casación), pero proponibles contra las sentencias sólo con los medios de impugnación; vale la remisión al art. 161. En cambio, si los vicios son capitales, la pretendida sentencia no lo es ya, ni puede venir a serlo por el solo hecho de haber sido impugnada en término; la remisión al art. 161 no sirve ni vale ya ... si se constituyese pro tribunali cualquiera que no fuera juez (funcionario del oficio juzgador) ... el defecto de la impugnación en tiempo no la sanaría.<sup>24</sup>

## 5. Principio de protección

La máxima latina aplicable es *propriam turpitudinem allegans non est audiendus*, lo que equivale a decir que nadie puede alegar su propia torpeza: no es posible invocar una nulidad cometida o inducida por uno mismo.<sup>25</sup>

Casi todos los códigos contienen este principio: Italia (artículo 157, *in fine*), Argentina (artículo 171), Colombia (artículo 155), México, D. F. (artículo 74), Brasil (artículo 243), Venezuela (artículo 233).

A título de ejemplo consignamos la versión del Código argentino:

<sup>24</sup> Redenti, *op. cit.*, pp. 223 y 224.

<sup>25</sup> *Cfr.*, Condorelli, l.c., pp. 110 y 111, y Giovannoni, l.c., p. 75.

“La parte que hubiere dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado.”

#### 6. *Extensión o efectos*

El artículo 159 del Código italiano contempla tres situaciones que de un modo u otro están contenidas en diversos de los códigos estudiados: a) La nulidad de un acto no implicará la de los actos precedentes, ni la de los sucesivos que sean independientes de ella; b) La nulidad de una parte del acto no afectará a las demás partes que sean independientes de la misma, y c) Cuando el vicio impida un determinado efecto, el acto podrá, sin embargo, producir los demás efectos para los que sea idóneo.

Los artículos pertinentes son los siguientes: Argentina, artículo 174; Venezuela, artículos 230 y 232; Colombia, artículo 158; Brasil, artículos 248 y 250; Perú, artículo 208.

Procede incluir en este punto las normas que disponen el aprovechamiento de los actos a los que no alcanza la nulidad: el error de forma del proceso acarrea la anulación únicamente de los actos que no puedan ser aprovechados (Brasil); subsistirán las pruebas y demás actuaciones a las que no afecten el vicio que causó la nulidad (Perú).

#### 7. *Causales de nulidades*

La mayor parte de los códigos analizados no enumera específicamente las causales de nulidad de los actos procesales, sino que contiene una que otra disposición aislada sobre determinadas nulidades, como la de las notificaciones, y libran el tema a la combinación de los principios ya estudiados, con lo que el margen de apreciación judicial es bastante grande, a pesar del principio de especificidad. Más bien precisan causales de nulidad al tratar los recursos de nulidad o de casación, aunque la práctica judicial echa mano de estas causales para plantear nulidades de actos procesales en las instancias.

Una excepción a esta tendencia es el Código de Colombia, que aparte de las causales de casación contenidas en el artículo 368, reserva dos artículos de su capítulo sobre nulidades procesales para presentar una enumeración de causales. Mencionaremos algunas a modo de ejemplo: el proceso es nulo cuando corresponde a distinta jurisdicción, cuando el juez carece de competencia, cuando el juez

procede contra providencia ejecutoriada del superior o revive procesos legalmente concluidos o permite integralmente la respectiva instancia, cuando se sigue un procedimiento distinto del que legalmente corresponda, cuando es indebida la representación de las partes, cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, o su emplazamiento, etcétera (artículo 152).

El Código del Ecuador, que por reforma de 1978 cambió la denominación del recurso de nulidad por la de nulidades procesales, enumera las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, como por ejemplo, jurisdicción de quien conoce el juicio, competencia del juez o tribunal en el juicio que se ventila, legitimidad de personería, citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente, formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe, etcétera (artículo 374).

Entre las disposiciones aisladas a que hemos hecho mención, se citan como causales de nulidad las notificaciones hechas en forma distinta a la prevenida (México, D. F., artículo 76); las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto (España, artículo 279; Brasil, artículo 247); las actuaciones judiciales no autorizadas por el funcionario correspondiente (México, D. F., artículo 58; España, artículo 249); las actuaciones practicadas en días y horas inhábiles (España, artículo 256; Perú, artículo 165); puede anularse lo actuado a pedido de parte si se ha seguido como juicio de menor cuantía el que debe ser de mayor cuantía (Perú, artículo 304); también anula el proceso la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiera influir en la decisión de la causa (Ecuador, artículo 1135).

En los casos de referencia a nulidad de notificaciones, los códigos, acordes con el principio de instrumentalidad de las formas, suelen indicar que no habrá nulidad si la persona indebidamente notificada o no notificada, se manifestare en juicio sabedora de la providencia.

### III. REFLEXIÓN FINAL

Algunos principios y algunos conceptos aplicables al acto jurídico procesal no han encontrado mayor oposición en la doctrina, y los códigos procesales que los han recogido no parecen hallar particulares tropiezos en su aplicación. Tal es el caso del principio de trascen-

dencia, que apunta validar un acto procesal que no causa perjuicio, o el principio de protección, que impide alegar un vicio procesal ocasionado por uno mismo. También puede citarse el conjunto de disposiciones sobre los efectos de la nulidad, que los códigos procesales han acuñado bajo la inspiración de los códigos sustantivos, como la permanencia de los actos que son independientes del acto viciado.

Pero nada de esto cubre los aspectos fundamentales, frente a los cuales no hay acuerdo en la doctrina, mientras que los códigos contienen planteamientos disímiles, aunque coinciden en una parquedad manifiesta y en una consecuente confianza en la elaboración doctrinaria.

Salvo algunos casos excepcionales ya estudiados, no se contienen listados de las causales de nulidad del acto jurídico procesal en la instancia, esperándose el complemento de la imaginación teórica en materia de nulidades implícitas y de instrumentalidad de las formas, temas que, como ya sabemos, están lejos de haber quedado definitivamente dilucidados en la doctrina. Se dice muy poco acerca de lo que son formalidades esenciales, o de lo que constituye la indefensión, o de los elementos constitutivos del debido proceso legal. Nada se dice de las nulidades virtuales, es decir, de las que provienen del quebrantamiento de una norma imperativa. Tampoco se abunda en las nulidades que no admiten subsanación expresa o tácita, recurriéndose nuevamente en este punto a los conceptos de indefensión o debido proceso. Se omite toda referencia a la posibilidad de invocar una nulidad por haberse violado la ley durante la tramitación del juicio. Ni se menciona, por cierto, la factibilidad de anular el acto procesal por los conocidos vicios del consentimiento. Más severo es todavía Morello, quien comentando la experiencia de una década en la evolución del tratamiento de la nulidad del acto procesal puntualiza lo siguiente:

Ese itinerario fue mostrándonos que el incidente de nulidad, tan perfectamente emplazado en su virtualidad para la tutela específica, no respondía a la preocupación del jurista y a las necesidades del tráfico cuando se trataba de desmenuzar el acto en sí. El incidente en ese trance dejaba de abastecer a la justicia. Frente pretensiones o reclamos, muchas veces desordenadamente propuestos, en torno de lo que es eje nuclear del negocio jurídico procesal jaqueado por vicios del consentimiento, o de la causa al tiempo de su realización o como ocurría, también, desde el punto de vista paralelo en el derecho privado, o de la ineficacia a través



de la onerosidad sobreviniente, por ejemplo, el incidente se mostraba antifuncional o en todo caso *insuficiente*. Son vicios diferentes de los de la nulidad procesal clásica. No bastaba ya apelar al manejo del incidente.<sup>26</sup>

Se trata de una lista demasiado extensa y que toca tópicos en extremo importantes para confiar en el tradicional camino que la ciencia suele recorrer para ingresar en el terreno de las disciplinas aplicadas. Es confiar demasiado en la elaboración doctrinaria y en la capacidad y permeabilidad de los abogados y magistrados.

Los códigos procesales deben ser extensos y explícitos en estas materias, en la medida de lo posible, porque no se trata tampoco de diseñar un Código que pueda imaginar todas las situaciones posibles. Debe haber un margen de apreciación por parte del juez, para que éste asuma su rol de director del proceso. Pero es indispensable asegurar también el diálogo permanente del juez y el abogado con la esfera de la Academia, con el mundo de la Universidad, y no sólo con el área del derecho procesal civil en este caso, sino también con el campo del estudio social del derecho. Esto se debe a que el campo de las nulidades procesales tiene dos características importantes: primero, se trata de un terreno donde suele introducirse lo que no encuentra cabida en otros capítulos más precisos de la ciencia y de la práctica procesal, y segundo, porque los cambios sociales se introducen en el derecho planteando excepciones a las formas establecidas debido a situaciones no previstas. Los cambios sociales asaltan el derecho a través de las nulidades, lo que explica la cantidad de excepciones y complementos que ha sido necesario introducir a los dos principios más importantes, los de especificidad y convalidación. Entender este fenómeno y trabajar en esta línea puede alejarnos del sueño de algunos procesalistas por encontrar una arquitectura perfecta, pero que a veces hace recordar aquella ciudad de los inmortales que describe Borges, que impresiona por lo interminable, por lo atroz y por lo completamente insensato. Éste es nuestro reto ante la población que no sólo crece demasiado rápido, sino que también por motivos que aún no se entienden lo suficiente, se aleja casi con la misma rapidez del camino de la formalidad.

<sup>26</sup> Morello, Augusto Mario, "Las nulidades procesales, hacia una interpretación dinámica funcional", en *Estudios de nulidades procesales*, p. 156.