

Clasificación de la nulidad procesal. Relación con la nulidad procesal insubsanable

Alejandro Legua Quispe-Inga*

*Colaborador con la Revista
de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

SUMARIO: *Resumen. Abstract. I.- Introducción. II.- Clasificación de la Nulidad Procesal. III.- La Nulidad Procesal Insubsanable. IV.- Importancia y relación con las otras clasificaciones. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

* Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, egresado de la Maestría en la mención de Derecho Procesal y del Doctorado en Derecho de la Unidad de Posgrado de Derecho de la UNMSM. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

RESUMEN

El presente artículo describe las principales propuestas de clasificación de la nulidad procesal, desarrolladas por la doctrina, ligándolas al tema de la nulidad procesal insubsanable, para así establecer la definición, características e importancia de la nulidad insaneable.

ABSTRACT

This article describes the main proposals for classifying procedural nullity, developed by the doctrine, linking them to the subject of insurmountable procedural nullity, in order to establish the definition, characteristics and importance of the insurmountable nullity.

PALABRAS CLAVE

Nulidad procesal, nulidad procesal insubsanable, nulidad procesal absoluta, saneamiento procesal, subsanación, convalidación

KEY WORDS

Procedural nullity, insubstantial procedural nullity, absolute procedural nullity, procedural sanitation, correction, validation

I.- INTRODUCCIÓN

Efectuar una clasificación es importante, es una herramienta didáctica, que no pretende reflejar la verdad ni abarcar toda la realidad. En el caso de la nulidad procesal, la doctrina ha presentado diversas clasificaciones, con el propósito de desarrollar de manera eficiente la institución, para describir de manera adecuada, ordenada y a profundidad los aspectos teóricos y fundamentar el tema estudiado.

De la clasificación surgen características centrales e importantes, también aparecen similitudes y diferencias, todo lo cual debe ser tenido en cuenta a efectos de describir y profundizar sobre la institución, pero a su vez debe reco-

nocerse que ante la abundancia de opiniones y posturas surgen inconvenientes, pues cada autor brinda su perspectiva, establece particularidades.

La clasificación en torno a la nulidad procesal permite identificar sus aspectos trascendentales y ligarlos con otros temas dentro de la institución e incluso dentro del derecho procesal, todo lo cual ocasiona que la nulidad procesal tenga un concepto preciso, se revitalice, se renueve y se aprecie en interacción con otras instituciones.

En el presente artículo se desarrollan las principales clasificaciones de la nulidad procesal esbozadas por la doctrina, buscando aquel aspecto que identifique a cada clasificación, encontrando características precisas, algunas únicas, otras concurrentes, es decir comunes a varias clasificaciones, también se describen diferencias; para luego ligarlo con la nulidad procesal insubsanable para establecer la definición, la importancia y las características de la nulidad procesal insaneable.

II.- CLASIFICACIÓN DE LA NULIDAD PROCESAL

La doctrina ha desarrollado y debate sobre la clasificación de la nulidad procesal, lo cual incide respecto a cómo se considera a la nulidad procesal e incluso cómo se la regula normativamente. La clasificación de una institución logra establecer aspectos comunes y trascendentales, también se identifican diferencias y particularidades, además las clasificaciones se interrelacionan, sin confundirse; porque cada una tiene al menos una característica básica, única y fundamental que la diferencia de las demás, dicha característica es suficiente para ser distinta. Se resaltan los siguientes grupos de clasificación en torno a la nulidad procesal:

- a.- Nulidad intrínseca o de fondo y nulidad extrínseca o formal
- b.- Nulidad subsanable y nulidad insubsanable
- c.- Nulidad absoluta y nulidad relativa
- d.- Nulidad de oficio y nulidad a pedido de parte
- e.- Nulidad expresa y nulidad implícita o virtual
- f.- Nulidad total y nulidad parcial

Los grupos de clasificación señalados son los puntos más recurrentes desarrollados por la doctrina, no se pretende comprender todas las clasificaciones, se han dejado de lado varias, como por ejemplo la clasificación consistente en inexistencia, acto nulo y acto anulable, Chioventa¹ señalaba inexistencia²,

- 1 Chioventa sostenía que en el caso de la inexistencia “no hay obligación de resolver”, no nace la litispendencia; en cambio la nulidad debe ser declarada de oficio por el juez, existe litispendencia, representa una exigencia de interés público; la anulabilidad es declarada a instancia de parte. (Giuseppe Chioventa, Curso de Derecho Procesal Civil, México D.F., 1997, pp. 370)
- 2 La inexistencia no es un concepto adecuado, los precisos supuestos resaltados por la doctrina pueden ser tranquilamente absorbidos por la nulidad, conforme resalta Jorge A. Clariá Olmedo que señala que “Dentro de nuestro sistema legal, la nulidad debe funcionar también para sancionar hechos que sólo tienen la apariencia de actos procesales penales por faltarles el elemento básico que los caracterice como tales (inexistencia)”. (Jorge A. Clariá Olmedo, Derecho Procesal Penal, Tomo II, 1998, pp. 230); Eduardo J. Couture considera que la inexistencia no tiene efectos prácticos: “Cuando se trata de determinar los efectos del acto inexistente, se observa que no sólo carece en absoluto de efectos, sino que sobre él nada puede construirse: *quod non est confirmare nequit*. La fórmula que defina esta condición sería, pues, la de que el *acto inexistente (hecho) no puede ser convalidado, ni necesita ser invalidado*. No resulta necesario a su respecto un acto posterior que le prive de validez, ni es posible que actos posteriores lo *confirmen* u *homologuen*, dándole eficacia”. (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Roque Depalma Editor, 1958, pp. 377); Salvatore Satta sobre la distinción entre inexistencia y nulidad establece que “El empirismo de la distinción se manifiesta en las mismas fórmulas usadas para distinguir las dos categorías, y se hace más notorio en la absoluta incertidumbre que reina sobre la individualización de los actos inexistentes. La verdad es que la distinción es fruto de un notorio equívoco, en cuanto la validez del acto está siempre en función de su conformidad con la hipótesis legal, y por lo tanto cualquier diversidad hace al acto inexistente o nulo como quiera decirse, sin posibilidad de distinguir entre diversidades grandes o pequeñas. Fuera de la hipótesis legal no hay acto, casi en sentido naturalístico, al que se pueda atribuir una existencia o que tenga sus condiciones de existencia”. (Salvatore Satta, Manual de Derecho Procesal Civil, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América EJEA, Buenos Aires, 1971, pp. 236 y 237); Mario Alzamora Valdez sostiene que “Acto inexistente, es aquel que carece de los elementos esenciales capaces de prestarle realidad y vida. El acto inexistente, no tiene significación legal”. (Mario Alzamora Valdez, Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso, Lima-Perú, 1981, pp. 318); Alberto Luis Maurino afirma: “Coincidimos con la doctrina que sostiene que el acto inexistente está excluido del régimen de las nulidades procesales. No tiene categoría de acto, sino que es un “simple hecho”. (Alberto Luis Maurino, Nulidades Procesales, Tercera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 25). Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín opina que “Para que un acto sea nulo debe, en primer lugar, ser, existir. De lo contrario no podríamos aplicarle el calificativo de nulo”. (Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín, Constitución y Poder Judicial, Segunda edición, Atelier Libros

nulidad y anulabilidad; no se analiza nulidades específicas y genéricas, no se desarrolla nulidades esenciales y accesorias o secundarias; tampoco se estudia sobre las nulidades sustanciales³ y aquellas que son accidentales, ni sobre nulidades procesales manifiestas⁴ y aquellas que no lo son.

Jurídicos, Barcelona 2015, pp. 419); Felipe Gorigoitia Abbott considera que "Las causales de inexistencia son perfectamente encausables a través de los motivos de nulidad durante la vigencia del juicio". (Felipe Gorigoitia Abbott, La inexistencia en el proceso civil: un análisis crítico, en "Revista Ius et Praxis" Año 23, número 1. Universidad de Talca, 2017) Desde la perspectiva del Derecho Civil, Luis Díez-Picasso y Antonio Gullón sobre la inexistencia señalan: "Sería aquel en el que se omite cualquiera de los elementos que su naturaleza o tipo exige (el precio en la compraventa, la merced en el arrendamiento), lo que impide identificarlo o, en términos generales, carece de algunos de los elementos esenciales de todo negocio (contrato celebrado por menor incapaz).

La inexistencia es una construcción artificiosa de la doctrina francesa, que, con fundamento en la jurisprudencia que había establecido el carácter taxativo de las causas de nulidad –pas de nullité sans texte-, se vio forzada a construir un concepto distinto que albergara a aquellos defectos negociales necesariamente relevantes – la identidad del sexo en el matrimonio es el ejemplo clásico-, que, sin embargo, no habían sido tenidos en cuenta por la ley para declarar la nulidad.

No es en modo pacífica la admisión de esta categoría. En contra puede alegarse que es inútil desde el momento en que no se da lugar a unas consecuencias jurídicas a la nulidad radical. Carece también de necesidad, ya que la nulidad no es preciso que esté taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que la exija su significado y finalidad según reiterada jurisprudencia". (Luis Díez-Picasso y Antonio Gullón, Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Décima edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002, pp. 534 y 535)

- 3 Para David Lascano, citado por Hugo Alsina, las formas sustanciales son las que hacen efectivas las garantías procesales establecidas en la Constitución, por ende cuando se vulnera el derecho de defensa, se causa indefensión, el juzgador debe declararla, porque la indefensión es la máxima nulidad en la que puede incurrirse en el proceso. (Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, Parte General, Segunda edición, Ediar Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1956, pp. 649 y 650). Por otro lado, el Código Orgánico General de Procesos, COGEP, del Ecuador del 2015, establece en su artículo 107, en siete numerales, supuestos expresos que denomina solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos; estableciendo en el inciso 1 del artículo 110 que la solemnidad sustancial es declarada de oficio o a petición de parte.
- 4 El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, Ley 17.454, en la última parte del artículo 172 establece que "*Si la nulidad fuere manifiesta no se requerirá sustanciación*"; el artículo 133 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Rioja, Argentina, Ley 1575 del año 1950, establece en su última parte, que el juez puede declarar de oficio sin sustanciación, las nulidades manifiestas; así también el tercer párrafo del artículo 166 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de Tucumán, Argentina, Ley N° 6176, el juez puede declarar de oficio sin sustanciación nulidades manifiestas.

Existen opiniones que consideran que no debe clasificarse la nulidad procesal, sosteniendo que las clasificaciones inciden en el vicio y la nulidad es un fenómeno único. Ante lo cual debo manifestar que no existe duda que la nulidad procesal es una institución procesal especial, con concepto único; pero una clasificación parte de una perspectiva didáctica, no pretende ser absoluta, menos alcanzar la perfección, siendo útil e importante clasificar porque surgen importantes aspectos, como similitudes, diferencias y características factibles de ser profundizadas en la investigación. Respecto a que las clasificaciones inciden en el vicio, considero que el término vicio no es apropiado porque rebasa a la nulidad procesal como institución, el vicio como defecto procesal no solo se relaciona con la nulidad procesal, está presente en otras instituciones, por ejemplo en la calificación de la demanda, en las figuras de la inadmisibilidad e improcedencia de la demanda, pues en la primera existe un vicio subsanable, en la segunda uno insubsanable; también está presente en las excepciones procesales, porque en determinados casos al declararse fundada la excepción se declara nulo lo actuado y concluido el proceso ante un vicio insubsanable; en otros casos se suspende el proceso al encontrarse una deficiencia subsanable; también está presente en la impugnación, porque el defecto puede ser de forma o vicio in procedendo o de fondo llamado también error in iudicando; similar asunto se presenta en los problemas en torno a la idoneidad de los medios de prueba ofrecidos por las partes, también allí existen deficiencias de nivel normativo legal y constitucional, pero la institución a utilizar es la cuestión probatoria a efectos que se declare que la prueba ofrecida no tiene eficacia probatoria; es decir en todos los casos mencionados anteriormente existen vicios o defectos de nivel legal o constitucional.

En consecuencia, para particularizar sobre la nulidad procesal considero adecuado utilizar el término clasificación de la nulidad procesal, pues la clasificación de los vicios, defectos, deficiencias, irregularidades, de la invalidez o la ineficacia, puede generar confusión, tratar inadecuadamente el tema, o abarcar demasiado, cuando lo que se pretende es estudiar y centrar el debate sobre la nulidad procesal como institución.

La posición mayoritaria clasifica la nulidad procesal y en todo caso no muestra reticencia ni desacuerdo. Al respecto Humberto Briseño Sierra opina que *“No hay significados precisos, y por consiguiente, no puede haber definiciones de cada tipo de irregularidades, pero existen posiciones específicas y*

características circunstanciales que pueden justificar las clasificaciones”⁵. El autor citado parte de la noción de irregularidad procesal, descartando la invalidez y la nulidad; establece varias posibilidades de clasificación, como irregularidades de origen e irregularidades surgidas con posterioridad, posibilidad de convalidar o no, posibilidad de invalidar o no, irregularidades frente a todos e irregularidades frente a algunos, anomalías que solo puede declarar el juzgador como anomalías que no necesitan de declaración por establecerlo así la ley, invalidez que se retrotrae y otras que operan para el futuro.

Juan Carlos Mendonça desarrolla la siguiente clasificación, en parejas: 1.- absolutas y relativas; 2.- substanciales y accidentales; 3.- expresas e implícitas (conminadas y virtuales); 4.- totales y parciales; 5.- que afectan el orden público o el interés privado; 6.- declarables de oficio o a petición de parte⁶.

A continuación se desarrolla cada una de las clasificaciones propuestas, a efectos de identificar, precisar y establecer cuál es el aspecto trascendental que justifica la clasificación, ligarlo con otros aspectos del tema de la nulidad procesal, como por ejemplo con los presupuestos o principios de la nulidad procesal u otra clasificación, alguna problemática que se presente, y también si la legislación nacional o extranjera regula o toma en cuenta la clasificación.

2.1.- Nulidad intrínseca o de fondo y Nulidad extrínseca o formal

Esta clasificación parte del supuesto que el acto jurídico procesal tiene requisitos de fondo y de forma; sino se cumplen dichos requisitos se configura la nulidad procesal. Cuando los defectos o deficiencias inciden respecto a la manifestación de voluntad, capacidad de las partes, objeto y fin se verifica la nulidad procesal intrínseca; en cambio las deficiencias en torno a la forma del acto procesal generan la nulidad extrínseca.

Julio H. Esclapez fue uno de los primeros autores que identifica y desarrolla los defectos intrínsecos del acto procesal. *“En una nota anterior publicada en J.A., 1948-II, sec. doct., p. 108, he tratado de demostrar que el acto*

5 Humberto Briseño Sierra, Compendio de Derecho Procesal, Primera edición, Humanitas Centro de Investigación y Posgrado, México DF, 1989, pp. 310.

6 Ver Juan Carlos Mendonça, Nulidades Procesales Civiles, en “Revista del Colegio de Abogados de La Plata” Tomo IX, N° 17, setiembre - diciembre 1966, pp. 166.

jurídico procesal, al igual que el acto jurídico civil, es susceptible de ser atacado no sólo por vicios de forma, sino también por vicios de fondo, que hacen de su contenido (error, dolo, violencia, simulación y fraude) ... A medida que el acto procesal se ha ido examinando más a fondo y con independencia del acto civil, se ha visto que la intervención del órgano jurisdiccional no impide que sea alcanzado por los mismos vicios que el acto civil, no sólo porque el dolo o el fraude pueden provenir de las partes, a espaldas del juez, sino porque también pueden provenir del mismo juez. Por ello hemos dicho que en la nota referida que en un código moderno se debe legislar la nulidad del acto procesal, en forma de proteger a las partes de su propio dolo, o del que cometa una de ellas en complicidad con el juez o sus funcionarios, en perjuicio de la otra; o a los terceros del dolo de las partes; y al juez, y por ende al Estado, del concierto fraudulento de las partes tendientes a violar una ley que interesa al orden público”⁷.

Sin perjuicio de lo desarrollado por Julio H. Esclapez, es necesario resaltar la obra de Eduardo J. Couture en la década del treinta del siglo pasado, donde ante el fraude y la colusión en el proceso, plantea la necesidad de una acción revocatoria, tomando como modelo a la acción pauliana del derecho civil, pero adaptada al derecho procesal será una especial acción judicial, denominándola “*Acción Revocatoria de la Cosa Juzgada Fraudulenta*”, a efectos que un tercero afectado pueda atacar la cosa juzgada, y si la pretensión es estimada se declarará la nulidad del proceso gravemente afectado⁸, lo cual luego fue plasmado en el Proyecto Couture o Proyecto de Código de Procedimiento Civil uruguayo de 1945. En los trabajos de Couture sobre el tema del fraude procesal no se alude de manera directa sobre defectos o vicios intrínsecos del acto jurídico procesal, sin embargo al considerar como efecto de la sentencia estimatoria la nulidad del proceso, pensamos que el maestro uruguayo iba en dicha dirección.

La definición de nulidad procesal de Ramiro Podetti considera a los defectos intrínsecos o de fondo, al sostener que “*Los vicios de los actos proce-*

7 Julio H. Esclapez, *La Nulidad Procesal y sus Proyecciones*, en “*Jurisprudencia Argentina*” julio-agosto-setiembre, 1948-III, pp. 54.

8 Ver Eduardo J. Couture, *La Acción Revocatoria de la Cosa Juzgada Fraudulenta*, en “*Revista Jurídica Argentina La Ley*” Tomo 16, octubre - noviembre – diciembre, 1939, pp. 104 a 112.

sales, sea en cuanto a la capacidad, legitimación y voluntad de los sujetos; sea a su licitud; sea a las formas indispensables prescriptas por la ley y al tiempo de su cumplimiento, pueden originar la nulidad del acto. ... ya que para determinar si un acto es inadmisibile, subsanable o anulable, es indispensable conocer sus elementos. De ellos depende o en ellos se funda el concepto de nulidad procesal”⁹.

Roberto Omar Berizonce reconoce la clasificación materia de comentario refiriendo la existencia de nulidades extrínsecas (violación de formas) e intrínsecas (contenido del acto procesal, carencia de discernimiento, el error, el dolo, la violencia), señalando: *“Pensamos que en primer término deben distinguirse los vicios extrínsecos de los actos del proceso, de los vicios intrínsecos (del contenido de los mismos). Los primeros se derivan de la violación de las formas estatuidas. Los otros son consecuencia de la falta de los requisitos de fondo (discernimiento, intención y libertad)”¹⁰*. En el mismo sentido Miguel Ángel Palomares sostiene que *“Los vicios denominados sustanciales, son referidos al contenido del acto, en su aspecto interno. O sea que además de los elementos propios del acto, debe contener los elementos de todo acto voluntario, discernimiento, intención y libertad. En este sentido, un acto procesal está viciado cuando es realizado con error, dolo o violencia (vicios de la voluntad)”¹¹*.

Por su parte, Hernando Devis Echandía también consideraba al fraude y dolo procesal como vicios de la voluntad de los actos procesales. *“Los actos procesales, como los extraprocesales y sustanciales, son el resultado de la voluntad humana y ésta no puede estar libre de vicios o, por el contrario, afectada por error, dolo, intimidación o coacción”¹²*.

9 Ramiro Podetti, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de los actos procesales, Tomo II, Ediar, sociedad anónima editores, Buenos Aires 1955, pp. 481

10 Roberto Omar Berizonce, La Nulidad en el Proceso, Editora Platense, La Plata, 1967, pp. 25 y 26

11 Miguel Ángel Palomares, Nulidades Procesales Civiles, en “Revista Jurídica” N° 21, Tucumán - Argentina, 1970, pp. 169

12 Hernando Devis Echandía, Fraude Procesal, sus características, configuración legal y represión, en “Estudios de Derecho” volumen XXIX, número 77, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquía, Medellín - Colombia 1970, pp. 114

A inicios de la década del ochenta del siglo pasado, una posición minoritaria consideraba la existencia de nulidades intrínsecas, la posición mayoritaria la negaba, no la consideraba en la definición de nulidad procesal. Razón por la cual Oscar J. Martínez realiza las siguientes interrogantes: “*Cabe ahora preguntarse: ¿Puede realmente el derecho procesal desinteresarse sobre aquellas anomalías del acto procesal que se instalan, no ya en lo formal, sino en su sustancia? ¿El error, el dolo, la violencia o el fraude, adquieren entidad operativa y epistemológica en materia de actos procesales?*”¹³; luego el autor citado comentaba que la regulación normativa vigente en ese momento, incidía predominantemente en los defectos formales, además manifestaba que no se debe aplicar la regulación sobre defectos de fondo del código sustantivo a la materia procesal, explicando las razones que no han permitido un adecuado desarrollo de los estudios en torno a los defectos intrínsecos, identificando como causas al principio de convalidación y la extrema protección de la cosa juzgada, señalando: “*Otra circunstancia que ha obstaculizado el examen y la debida incidencia de todo lo relativo a los vicios del consentimiento en el acto procesal, sobre todo cuando tales vicios consisten en el fraude o simulación que afectan no ya a un acto aislado o a alguna o a alguna serie de ellos, sino al proceso en su totalidad, está dada, como apunta Esclapez, por el hiperdesarrollo de la teoría de la cosa juzgada, que extremó el principio de la intangibilidad de la sentencia*”¹⁴.

En dos artículos publicados en la década del noventa del siglo veinte se resalta la necesidad de considerar las deficiencias que dan lugar a las nulidades intrínsecas. Ángela Ester Ledesma sostiene que “*frente a la necesidad de reformar la legislación procesal argentina en la década del '60, se propició la necesidad de que el nuevo ordenamiento legal regulase en forma expresa la nulidad de los actos procesales afectados por vicios ajenos a su aspecto formal, contemplando de tal suerte las irregularidades que fuesen susceptibles de comprometer la voluntad, la capacidad y el objeto*”¹⁵. Jorge W. Peyrano también opina que deben ser considerados los defectos intrín-

13 Oscar J Martínez, Los vicios del consentimiento en la realización del acto procesal, En Estudios de Nulidades Procesales, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1980, pp. 55

14 Oscar J Martínez, o. cit., pp. 57

15 Ángela Ester Ledesma, Nulidades Procesales, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 8, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé-Argentina, 1995, pp. 331

secos o de contenido del acto procesal, y que la tendencia mayoritaria ya comprende los defectos en cualquiera de los elementos del acto procesal¹⁶.

Lino Enrique Palacio considera que no existen razones justificadas para ignorar los defectos intrínsecos en el acto procesal. “Si bien en la virtud de la trascendencia que revisten las formas dentro del proceso, es usual que las leyes vinculen al concepto de nulidad a la idea de quebrantamiento o violación de algún requisito formal, no existen razones válidas que autoricen a excluir, del concepto enunciado, aquellos vicios que afecten a los requisitos propios de los restantes elementos del acto procesal (falta de competencia del órgano o de capacidad de las partes, vicios del consentimiento cuando ellos fueren intocables; ilicitud del acto)”¹⁷.

En nuestro país, varios autores se han pronunciado sobre la existencia de la nulidad procesal intrínseca, por ende sobre la clasificación materia de comentario. En efecto, Mario Alzamora Valdez considera a los vicios de la voluntad como causal de nulidad del acto procesal, pero a diferencia del acto jurídico sustancial, su influencia es restringida. “Los vicios de consentimiento que atañen a los actos jurídicos materiales, no afectan del mismo modo a los procesales. Sin embargo, la doctrina admite, como excepciones a dicha regla: la nulidad de los actos producidos con grave faltamiento al deber de decir la verdad, de los debidos a la conducta punible de las partes contraria, ...”¹⁸. Así también, Ana María Arrarte Arisnabarreta¹⁹ comparte la posición de Roberto Omar Berizonce descrita anteriormente; Róger E. Zavaleta Rodríguez señala: “Como 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

16 ver Jorge W. Peyrano, Vicios que pueden generar nulidades procesales, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 8, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé- Argentina, 1995, pp. 348 a 351

17 Lino Enrique Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, Décimo séptima edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 331 y 332

18 Mario Alzamora Valdez, Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso, Lima-Perú, 1981, pp. 316

19 Ana María Arrarte Arisnabarreta, Alcances sobre el tema de la nulidad procesal, en “Ius et Veritas” año VI, N° 11, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pp. 129

esto suele ocurrir. Entonces es lógico que asintamos que es factible no sólo la invalidación por vicios en la forma de los actos procesales, sino también en su contenido”²⁰; Héctor Martínez Flores considera que “*Las nulidades extrínsecas atañen a lo formal; las nulidades intrínsecas a los vicios del consentimiento y al fraude procesal. ... En nuestro ordenamiento jurídico, las nulidades intrínsecas provenientes del fraude procesal, se incoan como una pretensión nulificante, tal como lo prevé el artículo 178 del Código adjetivo*”²¹, por su parte Pedro Zumaeta Muñoz opina que “*Ya nadie discute que los vicios que generan la nulidad procesal son los vicios extrínsecos y los vicios intrínsecos. Los primeros son los vicios que se generan por la inobservancia de una norma de carácter procesal, vale decir de un vicio in procedendo ... Los segundos se refieren a vicios que se encuentran en el contenido mismo del acto jurídico procesal, esto es, en la ausencia de un presupuesto para la validez del acto, como es la capacidad, la finalidad y el objeto (vgr, en un proceso simulado de cobro de dólares, para burlar la verdadero acreedor, éste será nulo porque existe un vicio intrínseco, su finalidad es ilícita, conforme al artículo 140 del Código Civil)*”²². Así también Héctor Lama More sostiene que “**Los vicios intrínsecos** son aquellos que se encuentran en el contenido mismo del acto procesal; como es el caso de la capacidad jurídica, finalidad, objeto, etc.; lo son también aquellos actos procesales que adolecen de error, dolo, colusión, violencia, amenaza, simulación de una deuda, nulidad de cosa juzgada fraudulenta, etc. Por su parte los **vicios extrínsecos** son los que derivan del incumplimiento de la formalidad establecida en el ordenamiento, ejemplo: ausencia del juez en la audiencia, defectos en la notificación de las resoluciones judiciales, etc.”²³.

20 Róger E. Zavaleta Rodríguez, El laberinto de las nulidades procesales, en “Derecho y Sociedad” número 15, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pp. 71

21 Héctor Martínez Flores, Las Nulidades Procesales, en “Revista Jurídica Magistri et Doctores” Año VIII, N° 02, Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, diciembre del 2002, pp. 78

22 Pedro Pablo Zumaeta Muñoz, La Nulidad Procesal, en “Ágora Revista de Derecho” Años III-IV, N° 3 y 4, julio 2002-2004, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, agosto del 2004, pp.358

23 Héctor Lama More, Conservación de los actos procesales, en “Actualidad Jurídica” Tomo 171, febrero 2008, pp. 67

En la legislación nacional se considera la nulidad procesal intrínseca mediante la Nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, regulada en el artículo 178 del Código Procesal Civil; aplicable en materia laboral de acuerdo al artículo 2 numeral 1.k de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Así también existe defecto intrínseco en la causal improcedencia del allanamiento, consistente en cuando el juez presume dolo o fraude procesal, regulada en el inciso 7 del artículo 332 del Código Procesal Civil. Asimismo, encontramos defectos intrínsecos en el artículo 199 del Código Procesal Civil, que establece que carece de eficacia probatoria *“la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno”*. En el decreto legislativo N° 957, nuevo Código Procesal Penal, sobre la Revisión Penal, los incisos 3 y 5 del artículo 439 establecen como causales de procedencia, respectivamente *“Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación”* y *“Cuando se demuestre, mediante decisión firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado”*.

El Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy, Argentina, Ley 1967, regula en el artículo 183 sobre la Anulación de Actos Fraudulentos: *“Podrá pedirse, aún después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante fraude, dolo o colusión. Esta anulación que se hará valer conforme a los principios enunciados en los artículos anteriores, sólo podrá ser deducida por la parte que hubiere estado imposibilitada, sin culpa suya, de ejercitar los respectivos medios legales.-*

Cuando se tratare de anular una sentencia ejecutoriada, la demanda se admitirá únicamente en el caso de que se funde en un instrumento público o en uno privado otorgado por el adversario”.

El Código General del Proceso del Uruguay de 1989, Ley N° 15982, regula en el artículo 114 sobre Anulación de actos procesales fraudulentos, estableciendo que *“Podrá pedirse, aún después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante dolo, fraude o colusión, por la vías previstas en el artículo 115.*

Esta anulación podrá pedirse solo por aquellos a quienes el dolo, fraude o colusión han causado perjuicio, y de acuerdo con los principios mencionados en los artículos anteriores. Los terceros también pueden solicitar esta anulación. Si los actos fueren anulados, se repondrá las cosas en el estado anterior a los mismos”²⁴.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española, Ley 1/2000, de 7 de enero, regula los defectos intrínsecos del acto procesal en el inciso 2 del artículo 225, estableciendo que los actos procesales serán nulos de pleno derecho “Cuando se realicen bajo intimidación o violencia”, desarrollándose dicha nulidad radical en el artículo 226²⁵. Así también, respecto a la Revisión de sentencias firmes el inciso 4 del artículo 510 establece como motivo de revisión “*Si se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta*”.

El Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 9342, que entrará en vigencia en octubre del 2018, establece en el quinto párrafo del artículo 33.2, sobre el procedimiento de nulidad: “*La nulidad de las resoluciones, por vicios intrínsecos a ellas, deberá alegarse concomitantemente con los recursos que quepan*”.

-
- 24 El Proyecto Couture, también llamado Proyecto de Código de Procedimiento Civil uruguayo de 1945, consideraba al dolo, fraude y colusión en materia procesal y su relación con la nulidad procesal, estableciendo en su artículo 577: “*Podrá pedirse, aún después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante dolo, fraude o colusión. Esta anulación podrá requerirse sólo por aquellos a quienes el dolo, fraude o colusión han causado perjuicio y de acuerdo con los principios mencionados en los artículos anteriores. Los terceros también pueden solicitar esta anulación. Si los actos fueren anulados, se repondrán las cosas en el estado anterior a los mismos. Pero en ningún caso la anulación podrá perjudicar a terceros de buena fe ni anular los actos y contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes*”.
- 25 “*Artículo 226. Modo de proceder en caso de intimidación o violencia.- 1. Los tribunales cuya actuación se hubiere producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables, poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal. 2. También se declararán nulos los actos de las partes o de personas que intervengan en el proceso si se acredita que se produjeron bajo intimidación o violencia. La nulidad de estos actos entrañará la de todos los demás relacionados con él o que pudieron haberse visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo*”.

2.2.- Nulidad subsanable y nulidad insubsanable

Esta clasificación se sustenta en la posibilidad de saneamiento del acto procesal defectuoso, en consecuencia si la deficiencia del acto procesal puede corregirse estamos ante una nulidad procesal subsanable, si no puede repararse estamos ante la nulidad insubsanable. Luego, es posible resaltar otras características, efectos o consecuencias, que también pueden presentarse en las otras clasificaciones, como por ejemplo la intensidad de la deficiencia, qué tipo de norma procesal es afectada por la deficiencia, es decir, si es una norma imperativa que vulnera el interés público o una que afecta interés específico; la oportunidad para interponerse y ser declarada, así como quién puede proponer la nulidad.

Respecto a la clasificación materia de comentario, Hernando Devis Echandía sostiene que *“Importante es la clasificación de las nulidades en saneables e insaneables, según que pueda convalidarse o ratificarse en la actuación, por la simple manifestación de las partes o su silencio, o que, por el contrario, ese remedio resulte improcedente. La economía procesal aconseja extender el saneamiento de la nulidad a la mayor cantidad de casos, y, por lo tanto, salvo disposición legal en contrario, debe considerarse como la regla general. Es decir, las nulidades procesales deben ser anulables mientras la ley no disponga lo contrario. Pero son insaneables la falta de jurisdicción, el proceder contra providencia ejecutoriada del superior o revivir procesos legalmente concluidos, o pretermitir integralmente la instancia, o el seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponda y la incompetencia funcional. Esto se aplica al proceso penal, pero en éste existen otras insaneables”*²⁶. Henry Sanabria Santos informa que el nuevo Código General del Proceso colombiano del 2012 *“mantiene el esquema existente entre nulidades saneables y nulidades insaneables, esquema en virtud del cual no toda irregularidad procesal constitutiva de motivo de invalidación necesariamente conlleva una declaratoria de nulidad, habida cuenta que el vicio puede considerarse corregido o subsanado cuando se presenta alguna de las circunstancias contempladas en la ley*

26 Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, pp. 672 y 673

como forma de saneamiento. Expresado en otras palabras, las nulidades insaneables siempre van a desembocar en invalidación, mientras que las saneables solamente lo harán cuando no opere alguno de los mecanismos de saneamiento previstos en la ley”²⁷. Eugene Florián aborda también la clasificación materia de comentario al establecer que “Si la ley fija alguna nulidad inflexible, no sanable, no dependiente de términos revelables de oficio, es señal de que las formas a que se refieren son tenidas como esenciales y expresión de un interés público elevado; en cambio, las nulidades sanables pueden ser hechas valer por las partes, expresan, por tanto, un carácter público menos pronunciado, como son todas las que provienen de formas de observancia no absoluta”²⁸. Por su parte Jaime Azula Camacho considera que las nulidades insubsanables “No son susceptibles de saneamiento y, por ende, cuando se presenten deben decretarse de oficio o a instancia de parte, ...”²⁹.

El saneamiento del acto procesal se verifica por actuación del juzgador o por el comportamiento de las partes. En el primer caso estamos ante el principio de subsanación, en el segundo opera el principio de convalidación procesal. En ambos casos el defecto es uno de naturaleza saneable, la intensidad del defecto es baja, si bien se afecta una norma imperativa, pero a su vez existe la afectación de un interés que es factible de reparar, además no se vulnera el derecho al debido proceso, ni se causa indefensión.

Con respecto al principio de subsanación, quién subsana es el juzgador, los límites a su poder de saneamiento lo establece la naturaleza e intensidad del defecto, además no debe vulnerarse el ordenamiento jurídico ni el derecho de terceros. Al respecto, Gregorio Serrano Hoyo opina que “Normalmente, la subsanación se lleva a cabo a requerimiento del órgano judicial, al advertirse de oficio el defecto o al ser opuesto por la parte contraria; de

27 Henry Sanabria Santos, Comentarios sobre el nuevo régimen de nulidades en el Código General del Proceso, en XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá-Colombia, setiembre 2012, pp.151

28 Eugene Florián, Elementos de derecho procesal penal, Traducción de L. Prieto Castro, Editorial Jurídica Universitaria, México 2001, pp. 61

29 Jaime Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Quinta edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pp. 279

*no ser así, además de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, por interpretación formalista del requisito procesal y no permitir su sanación, podría apreciarse una vulneración del derecho de defensa al incurrirse en la incongruencia que supone resolver de oficio, sin previa audiencia, y de manera sorpresiva, una cuestión no suscitada por las partes, impidiendo con ello el derecho a ser oídos*³⁰. Ramiro Podetti sostiene lo siguiente: *“Pero los jueces deben prevenir y subsanar las nulidades, es decir, salvar el defecto o sanarlo, antes de que se produzca el perjuicio, evitando así que los litigantes pidan la nulidad o deba ser declarada de oficio”*³¹.

Con relación al principio de convalidación, son las partes quienes convalidan los defectos formales; existe convalidación expresa cuando se desarrolla actividad defectuosa pero se cumple la finalidad del acto procesal, o conociendo la deficiencia se realiza posteriormente actividad que demuestra la aceptación del acto defectuoso; se presenta la convalidación tácita cuando no se realiza el reclamo en la oportunidad establecida en la ley, es decir se deja transcurrir la oportunidad respectiva; asimismo quién solicita la nulidad debe ser inocente, contar con buena fe, no debe haber causado, permitido o dado lugar al defecto, lo que en materia de presupuestos de la nulidad procesal se denomina principio de protección.

Respecto a la convalidación o al saneamiento de las deficiencias realizado por las partes, Juan Colombo Campbell considera que existen diversas *“maneras de sanear la nulidad: En primer lugar la nulidad procesal se sana mediante la resolución que la deniega. ... En segundo lugar, la nulidad procesal se sana por la preclusión de la facultad establecida por la ley para hacerla valer. En tercer lugar la nulidad se purga cuando la parte ha originado el vicio o concurrido a su materialización. Con estas disposiciones se ha consagrado la existencia de una circunstancia impeditiva para hacer valer la nulidad ... Se consagra así el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza, pues en tal caso no ha ser oído (nemo auditor propriam turpitudinem allegans). En cuarto lugar; la nulidad se purga por*

30 Gregorio Serrano Hoyo, Formalismo y tutela Judicial efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en “Anuario de la Facultad de Derecho” número 10, Universidad de Extremadura, 1992, pp. 146

31 Ramiro Podetti, o. cit., pp. 485

la convalidación expresa o tácita del acto nulo”³². Julio E. Salas Vivaldi señala lo siguiente: “*En conclusión, y con temor de cansar, digamos que la convalidación, expresa o tácita, proviene con el perjudicado con el acto nulo. La rectificación del causante de la irregularidad, siempre que lo haga antes de la declaración de nulidad. La ratificación, por último, corresponde al supuesto representado que aprueba lo actuado por un tercero en su nombre, con la misma salvedad anterior, o al representante legal que apruebe actos del representado incapaz. Todas son formas de sanear el acto viciado, de ahí que tituláramos las líneas precedentes: “La subsanación del acto irregular”*”³³.

No todo acto jurídico procesal defectuoso es convalidable, es decir no siempre opera la subsanación ni el principio de convalidación; por ejemplo cuando se vulnera el derecho al debido proceso, se genera indefensión, se verifica el fraude procesal, así como el incumplimiento de los presupuestos procesales, aspectos que guardan relación con la nulidad insubsanable. Mario Aguirre Godoy comentando a Couture, señala que en principio toda nulidad es convalidable por el consentimiento, salvo algunas excepciones, como la inexistencia, la falta de ciertos presupuestos procesales, como cuando se sigue un proceso contra un menor de edad mientras dura la minoridad; otros casos: sentencias ininteligibles, contradictorias o imposibles de ejecutar, también se da la situación de excepcionalidad³⁴. Al respecto, Roberto Omar Berizonce comenta que “*El principio de convalidación, sin embargo, no juega tratándose de actos inexistentes, ni tampoco cuando se atacan actos afectados por vicios sustanciales (incapacidad, error, dolo, violencia, fraude, simulación)*”³⁵; por su parte Adolfo Alvarado Velloso establece que “*Hemos hecho referencia a nulidades o vicios parciales pues, a*

32 Juan Colombo Campbell, Los Actos Procesales, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997, pp. 477-478

33 Julio E. Salas Vivaldi, La Subsanción del Acto Procesal irregular (Su renuncia, renovación, convalidación, rectificación y ratificación. La renuncia de la Nulidad Procesal), en “Revista de Derecho” N° 183, Año LVI. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, enero – junio 1988, pp. 32

34 Mario Aguirre Godoy, Las nulidades procesales en el sistema guatemalteco, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” año VIII, N° 22-23, México, enero-agosto 1975, pp.57 y 58

35 Roberto Omar Berizonce, o. cit., 1967, pp. 77

nuestro juicio, la invalidez total –por indefensión absoluta- no es alcanzada por el efecto de la cosa juzgada y ello permite su posterior cuestionamiento por la vía del proceso declarativo”³⁶.

En el Perú, respecto a la clasificación materia de comentario, Mario Alzamora Valdez aseveraba que “No procede la subsanación de los actos que adolecen de defectos formales derivados del incumplimiento de las leyes sobre organización de los tribunales, competencia de los mismos, capacidad de las partes, organización del proceso y otros señalados expresamente como causantes de nulidad”³⁷; Róger E. Zavaleta Rodríguez alega la existencia de grados de nulidad subsanable e insubsanable, según pueda el defecto remediarse o no. “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”³⁸.

El último párrafo del artículo 176 del Código Procesal Civil de 1993 regula la nulidad procesal insubsanable, estableciendo que dicha nulidad es advertida de oficio por el juzgador; así también la nulidad insubsanable es regulada en el artículo 42.1 literal b) del decreto legislativo N° 1373, sobre Extinción de Dominio, al establecer “*b) De existir vicios insubsanables, el Juez declara de oficio la nulidad, caso contrario, convalida, subsana o integra el acto procesal*”, aspecto que ya estaba regulado en el decreto legislativo N° 1104. Consideramos que la nulidad procesal insubsanable también está regulada en el inciso 1 del artículo 409 del decreto legislativo N° 957, nuevo Código Procesal Penal, que establece como competencia del Tribunal revisor que “*La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante*”.

36 Adolfo Alvarado Velloso, Presupuestos de la Nulidad Procesal, en “Revista Jurídica Argentina La Ley” 1986-C, pp. 887

37 Mario Alzamora Valdez, o. cit., pp. 324

38 Róger E. Zavaleta Rodríguez, o. cit., pp. 71

La nulidad procesal subsanable se regula en los cuatro primeros párrafos del artículo 172 del Código Procesal Civil; en los tres primeros párrafos se regula el principio de convalidación, desarrollándose la relación entre convalidación y notificaciones procesales, la convalidación expresa y la convalidación tácita; en el cuarto se regula la subsanación procesal; debiendo tenerse presente que las nulidades subsanables deben ser propuestas por parte interesada. Adicionalmente, el principio de protección se encuentra regulado en el inciso 1 del artículo 175 del Código Procesal Civil. En el decreto legislativo N° 957, nuevo Código Procesal Penal, se regula la nulidad procesal subsanable, en el artículo 152 sumillado como “Convalidación”, así como en el inciso 1 del artículo 153 que sobre el Saneamiento establece *“Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado”*.

El artículo 2.4 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, decreto supremo N° 013-08-JUS, regula al principio de suplencia de queja, al cual consideramos como una manifestación del principio de subsanación procesal, estableciendo: *“El juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio”*.

El cuarto párrafo del artículo 53 del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, regula la nulidad procesal subsanable al establecer que *“El juez en el auto de saneamiento, si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo subsane, vencido el cual expedirá una sentencia. En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito”*.

El Código Procesal Civil para el Distrito Federal de México de 1932, en su artículo 77 regula sobre la convalidación tácita, al establecer que *“La nulidad de un actuación debe de reclamarse en la actuación subsecuente, pues de lo contrario aquella queda revalidada de pleno derecho, con excepción de la nulidad por defecto en el emplazamiento”*.

El tercer párrafo del artículo 166 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de Tucumán, Ley 6176, regula la nulidad procesal insubsanable al establecer que “La nulidad proveniente de defectos en la constitución del órgano jurisdiccional, de la omisión de aquellos actos que la ley impone para garantizar el derecho de terceros o la que deriva de la alteración de la estructura del procedimiento es insubsanable y podrá ser declarada de oficio y sin substanciación si la nulidad es manifiesta”.

El Código General del Proceso del Uruguay de 1989, Ley N° 15982, en su artículo 111, regula sobre la nulidad procesal insubsanable y la subsanable al establecer que *“La nulidad deberá ser declarada, aún de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, cuando la ley la califique expresamente como insubsanable o el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables para su validez.*

En los demás casos, sólo podrá ser declarada a pedido de la parte que no concurrió a causarla y que tenga interés en la observancia de la norma respectiva, por haber sufrido perjuicios por su violación”.

El Código Procesal Civil de Paraguay, Ley N° 1.337, vigente desde 1989, regula la nulidad subsanable en el artículo 114 estableciendo que las nulidades quedan subsanadas: a.- por haber cumplido el acto su finalidad, respecto de la parte que pueda invocarla; b.- por confirmación expresa o tácita del respectivo litigante, sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior. Se entenderá que media conformación tácita cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los subsiguientes al conocimiento del acto viciado; y c.- por la cosa juzgada. Es importante resaltar que el segundo párrafo del artículo 248 de la Constitución paraguaya de 1992, refiere la existencia de nulidades insanables³⁹.

El artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, Ley 1/2000, regula al principio de subsanación procesal estableciendo: *“Subsanación.-*

39 *“En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, pueden irrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. ...”.*

El tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley”.

En Colombia, el Código General del Proceso del 2012, Ley N° 1564, regula la nulidad procesal subsanable en el artículo 136, que sobre el saneamiento de la nulidad, establece que la nulidad se considerará saneada en los siguientes casos: 1.- Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla; 2.- Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada; 3.- Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya sido cesada la causa; 4.- Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa. Por otro lado, en la última parte del artículo 136, sobre la nulidad procesal insubsanable, establece que *“Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoria del superior; revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la instancia, son insaneables”.*

El Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 9342, que entrará en vigencia en octubre del 2018, sobre la nulidad procesal insubsanable establece en el artículo **“33.1 Momento en que puede pedirse y declararse.** *La nulidad de los actos defectuosos podrá declararse de oficio en cualquier estado del proceso. Cuando la nulidad se alegue en vía incidental, por imposibilidad de hacerlo con los recursos o en audiencia, deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes al del conocimiento del acto defectuoso.*

Salvo el caso de nulidades por vicios esenciales e insubsanables precluirá el derecho de alegarla, si no se formula en el momento que corresponde”.

2.3.- Nulidad absoluta y nulidad relativa

Esta clasificación es distinta a la de nulidad subsanable e insubsanable. Existen autores que las identifican⁴⁰, e incluso quiénes las diferencian no es-

- 40 Entre los autores que las identifican tenemos a Juan Carlos Mendonça, Carlos Creus, Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, Alejandro Abal Oliú, César San Martín Castro, Víctor Ticona Postigo.

Juan Carlos Mendonça considera: “Así, pues, la nulidad absoluta se vincula a la imposibilidad de que la preclusión o el consentimiento compurgue el acto viciado. De donde la nulidad procesal absoluta es la que no admite reparación o convalidación por cosa juzgada o acto posterior. Por esto puede decirse que, en el caso de la nulidad absoluta, el vicio no solamente afecta la esencia de acto –como en el caso de la nulidad total- sino que la afecta irremediamente y para siempre, como ocurre en otros sistemas codificados con una sentencia que tiene su origen en el dolo procesal. La idea de *insanabilidad*, traída al derecho procesal de las ciencias biológicas, expresa con toda fuerza el carácter propio de este tipo de nulidad, que, como ciertas enfermedades, no tiene cura”. (Juan Carlos Mendonça, Nulidades Procesales Civiles, en “Revista del Colegio de Abogados de La Plata” Tomo IX, N° 17, setiembre - diciembre 1966, pp. 138)

Carlos Creus sostiene lo siguiente: “*Con lo que se advierte que este orden clasificatorio corre a la par de las posibilidades de subsanación o sanabilidad de la nulidad (según sea el defecto del acto que es causa de nulidad) que, como veremos, viene a ser una forma de preclusión de la facultad de oponerla y del poder de declararla, aunque con la particular característica de que no depende exclusivamente de los tiempos procesales. Pero es necesario precisar esta relación entre la clasificación de las nulidades procesales en absolutas y relativas, y la insanabilidad de las unas y la sanabilidad de las otras, puesto que toda nulidad procesal es subsanable. La diferencia está en que la sanabilidad se puede operar en el proceso, es decir, dentro de él, cuando todavía no se agotó su curso, o se resultado de la extinción del mismo: la nulidad relativa es subsanable dentro del proceso; la absoluta sólo puede serlo por mediación de la cosa juzgada*”. (Carlos Creus, Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia, 2° edición, actualizada y ampliada, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 52)

Beatriz Quintero y Eugenio Prieto señalan “*Del derecho civil vienen las categorías de la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la inexistencia. Manteniéndolas en derecho procesal, ellas se hacen coincidir con la nulidad insubsanable y declarable de oficio y con la convalidable, expresamente o por preclusión*”. (Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, Teoría General del Proceso, Tercera edición, ampliada y corregida, Editorial Temis S.A., Bogotá - Colombia, 2000, pp. 479)

Alejandro Abal Oliú identifica nulidad absoluta y nulidad insubsanable, así como nulidad relativa y nulidad subsanable, vinculando estos conceptos con los de nulidad explícita y nulidad implícita. (Alejandro Abal Oliú, Derecho Procesal, Tomo III, Segunda Edición, Montevideo - Uruguay, agosto del 2004, pp. 148 y 149).

tablecen el aspecto adecuado y preciso dentro del cual debe ser considerada la clasificación materia de comentario.

Hernando Devis Echandía considera distintas a las nulidades absolutas y relativas de las nulidades saneables e insaneables. El célebre autor colombiano sostiene lo siguiente: “Nulidades absolutas y relativas. Esta clasificación es muy importante y no hay que confundirla con la de las nulidades saneables e insaneables. La primera se refiere a que el juez pueda o no declararlas de oficio; la segunda, a que puedan o no ser eliminadas mediante el saneamiento o la convalidación. Por eso existen nulidades absolutas que son saneables”⁴¹. Eugene Florián tampoco confunde la nulidad absoluta y

César San Martín equipara nulidad absoluta o insubsanable, así como nulidad relativa o subsanable:

“Nulidad absoluta o insubsanable

Es un fenómeno de ineficacia ligado a la antijuridicidad consistente en la ausencia de presupuestos o en el incumplimiento de requisitos jurídicos de especial relevancia –se refieren a actos fundamentales del proceso y a la intervención de sujetos esenciales (Creus)-. La ineficacia que le es propia afecta no solo el acto defectuoso, sino que se eliminan los efectos hayan podido producirse desde el momento en que el acto se llevó a cabo hasta la declaración de nulidad absoluta. Es la denominada eficacia ex tunc de esta declaración. Esta nulidad comporta, en principio, su declaración de oficio y no solo a instancia de parte –deducibilidad de quien quiera que participe en el proceso-, así como la inexistencia de plazo para declararla o, a lo sumo, en aras de la seguridad jurídica, la prescripción de algún plazo amplio (De La Oliva). Esto último se explica porque está en correspondencia con una norma de derecho necesario, es una fuerza tutelar que actúa mientras dura el proceso y cuida de que las normas esenciales no se violen (Florián)”. (César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal. Lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004, Primera Edición, Perú, noviembre 2015, pp. 779)

“Nulidad relativa o subsanable

A la nulidad relativa se asocia, en primer lugar, el incumplimiento de aquellos requisitos del acto procesal sobre los que las partes tiene facultades dispositivas; y, en segundo lugar, tres características derivadas: (i) no se pueden apreciar de oficio, (ii) es necesario una solicitud de nulidad de la parte perjudicada –lo que da lugar a un incidente de nulidad-, y (iii) puede perderse la posibilidad de pedir la anulación por preclusión o por consentimiento (Ortells)”. (César San Martín Castro, o. cit., pp. 782)

Víctor Ticona Postigo sostiene: “Convenimos, con la doctrina imperante, que la nulidad absoluta es insubsanable, y la relativa, en cambio, es subsanable”. (Víctor Ticona Postigo, El Derecho al debido proceso en el proceso civil. Doctrina, legislación, jurisprudencia, Segunda edición, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2009, pp. 984)

41 Hernando Devis Echandía, o. cit., pp. 673

relativa con la nulidad subsanable y la insubsanable; respecto a la clasificación materia de comentario señala: *“En síntesis, la diferencia que existe entre nulidad absoluta y nulidad relativa consiste en que la primera tiene lugar sin reclamación de la parte, es una fuerza tutelar que actúa mientras dura el proceso y cuida de que las normas esenciales no se violen. La nulidad absoluta está en correspondencia con una norma de derecho necesario. La nulidad relativa, por el contrario, es contingente, no produce siempre efecto y tiene lugar sólo cuando media reclamación de las partes; es una tutela subordinada a cierto poder dispositivo de las partes”*⁴².

Sin embargo tanto Hernando Devis Echeandía como Eugene Florián consideran que la nulidad procesal absoluta y relativa se refieren a si pueden o no ser declaradas de oficio por el juzgador, aspecto que no compartimos, siendo importante resaltar la opinión de Alberto M. Binder, quién también sostiene que son clasificaciones distintas. *“No es buena la semejanza porque la división entre nulidades absolutas y relativas (aún en la visión tradicional) no se relaciona con la posibilidad de reparación o saneamiento”*⁴³.

En efecto, la clasificación nulidad procesal absoluta y nulidad procesal relativa no se sustenta en la posibilidad de saneamiento de la deficiencia, su aspecto central no guarda relación con la gravedad o poca intensidad del defecto formal, tampoco se identifica plenamente de si la ley la establece de manera expresa, o si la declaración de la nulidad debe ser de oficio o a pedido de parte, aspectos que han sido resaltados por un sector representativo de la doctrina; los que en realidad representan características que también pueden presentarse en otras clasificaciones.

La clasificación materia de comentario gira en torno a la vulneración de derechos fundamentales, y teniendo en cuenta ello se puede establecer una relación de regla general y regla especial o excepcional.

42 Eugene Florián, o. cit., pp. 62

43 Alberto M. Binder, El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 100 y 101.

La nulidad procesal absoluta se configura ante la vulneración de derechos fundamentales, tales como el derecho al debido proceso, la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, la prohibición de cualquier situación que genere indefensión, e incluso se puede agregar el incumplimiento de formas esenciales del acto jurídico procesal. Teniendo en cuenta lo anterior, la nulidad procesal relativa, aquella en que la deficiencia no se identifica o relaciona con la vulneración de un derecho fundamental, es la regla general, en el sentido que conforme al principio de conservación de los actos procesales, debe siempre apostarse por la subsanación de las deficiencias; la excepción es la nulidad absoluta, cuando existe vulneración de derechos fundamentales.

Luego de haber precisado el aspecto central de la clasificación materia de comentario, pueden resaltarse las demás características de la nulidad procesal absoluta como de la relativa. En la nulidad procesal absoluta la deficiencia es grave, el agravio o perjuicio existe y es significativo, es grave, en tanto estamos ante una vulneración constitucional, se vulnera norma procesal imperativa de interés público, no es pasible de saneamiento, es decir no existe subsanación ni convalidación, el juzgador la declara de oficio, sin perjuicio que la parte afectada pueda advertirla, procede ser declarada en cualquier estado y grado del proceso; en cambio la nulidad procesal relativa se caracteriza por la vulneración de una norma imperativa que genera agravios de interés particular, es pasible de saneamiento, por ende de subsanación y de convalidación, el propio interesado deshace el perjuicio o el juzgador lo repara o verifica que no existe o que no es significativo; además la nulidad relativa solo puede ser propuesta por la parte afectada en la oportunidad pertinente, no puede ser declarada de oficio por el juzgador; no debe existir indefensión.

Ángela Ester Ledesma, Roberto Omar Berizonce y Nelson R. Pessoa consideran que se configura la nulidad procesal absoluta ante la vulneración de derechos fundamentales. En efecto, Ángela Ester Ledesma sostiene: *“En consecuencia, aun en el proceso civil, cuando en un acto se hayan desconocido las garantías de intervención del Ministerio Público ..., capacidad del juez o constitución del juez o tribunal, éste no puede ser considerado válido por la circunstancia de que la ley haya omitido señalar, de modo específico, esa violación como fundamento de la declaración de nulidad, ya*

que la trascendencia del vicio exige la facultad de su declaración, por violación de garantías constitucionales. En consecuencia, entendemos que por imperio constitucional es posible la configuración de nulidades absolutas en el proceso civil”⁴⁴; por su parte Roberto Omar Berizonce señala que “Sea que se llegue a la conceptualización de las nulidades absolutas por vía de la doctrina tradicional que las refería a la *violación de las formas sustanciales* (Couture, Lascano, Alsina, Podetti), ya por la estrecha vinculación con el *orden público*, parece cierto que en última instancia el fundamento asienta en el resguardo de las *garantías constitucionales que aseguran el debido proceso*”⁴⁵. Nelson R. Pessoa considera que “*Nos parece mucho más útil en términos de reconstrucción dogmática vincular la noción de nulidad absoluta con las garantías constitucionales*”⁴⁶.

Es necesario señalar que existía una fuerte tendencia en doctrina que sostenía que toda nulidad procesal era relativa⁴⁷, para esta postura no existía

44 Ángela Ester Ledesma, o. cit., 1995, pp. 338

45 Roberto Omar Berizonce, Nulidades absolutas por defectuosa o irregular constitución del tribunal (A propósito del régimen de subrogancias de los magistrados), en “Revista de Derecho Procesal 2007-1”, Nulidades, Santa Fe, 2007, pp. 34

46 Nelson R. Pessoa, La Nulidad en el Proceso Penal. Estudio de los “Silencios Normativos Aparentes”, Tercera edición ampliada y actualizada, Santa Fe, 2013, pp. 446

47 Podemos incluir a Ramiro Podetti, Hugo Alsina, Lino Enrique Palacio, Luis A. Rodríguez, Osvaldo Alfredo Gozaini, Aldo Bacre, así como Víctor De Santo.

Ramiro Podetti establecía: “Ello permite limitar estrictamente las nulidades al caso de indefensión y aseverar, ab-initio que no existen nulidades procesales absolutas, siendo todas convalidables”. (Ramiro Podetti, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de los actos procesales. Tomo II, Buenos Aires, 1955, pp. 481 y 482)

Hugo Alsina consideraba que “La nulidad absoluta juega en el proceso de una manera distinta que en el derecho civil, pues mientras en éste se caracteriza por la imposibilidad de su confirmación, en aquél todas las nulidades pueden convalidarse por el consentimiento expreso o tácito de la parte a quien afecta si ésta no reclama en tiempo su reparación en la instancia en que se haya cometido, ... Más exacto sería admitir que en el procedimiento no existen nulidades absolutas, por lo menos en la acepción que se le atribuye en derecho civil”. (Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, Parte General, Segunda edición, Ediar Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1956, pp. 646)

Lino Enrique Palacio manifestaba que “Constituye un principio suficientemente afianzado, el que todas las nulidades procesales son susceptibles de convalidarse por el consentimiento expreso o presunto de las partes a quienes perjudiquen. No existen por lo tanto en el proceso nulidades absolutas; ...”. (Lino Enrique Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, Décima séptima edición actualizada, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 332).

nulidad procesal absoluta; sin embargo esta tendencia ha sido superada. Incluso Roberto Omar Berizonce y Osvaldo Alfredo Gozaíni se adscribían a la tendencia superada, pero luego variaron de opinión⁴⁸.

Luis A. Rodríguez señalaba lo siguiente:

“Ahora bien, ¿existen las nulidades procesales absolutas?

Esta interrogante ha preocupado constantemente a la doctrina procesal. Como vimos ..., nuestro parecer es contrario a la admisión de las nulidades absolutas de procedimiento, las que se cubrirían con la doctrina del acto inexistente”. (Luis A. Rodríguez, *Nulidades Procesales*, Segunda edición aumentada y actualizada, Buenos Aires, 1994, pp. 69)

“Resumen

a.- las nulidades absolutas procesales no existen.

b.- Todas las nulidades procesales son relativas (principio de la relatividad).

c.- Los supuestos que se dan en llamar de nulidad absoluta son en realidad:

1.- De inexistencia. Sentencias imposibles o inciertas (non liquet)

2.- Supuestos de anulación de vicio, pero siempre por vía de recurso. El recurso de revisión no existe, y en cuanto a la acción autónoma, ...”. (Luis A. Rodríguez, o. cit., pp. 79)

Aldo Bacre opina que: “En síntesis, todas las nulidades procesales son relativas. Los supuestos que algunos creen ver la nulidad absoluta dentro del proceso, son en realidad casos de inexistencia, como pueden ser las hipótesis de sentencias imposibles o inciertas, ...”. (Aldo Bacre, *Teoría General del Proceso*, Tomo III, Buenos Aires – Argentina, 1992, pp. 531)

Osvaldo Alfredo Gozaíni señala: “Pero como en el proceso el principio es que todas las nulidades son relativas, si no acontece el interés para nulificar los actos posiblemente viciados, éstos pueden quedar convalidados, saneados, regularizados, etc.”. (Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, volumen 2, Buenos Aires, 1992, pp. 832 y 833), sin perjuicio de lo mencionado, el autor señalaba también: “No obstante, existe cierto paralelismo con principios sustanciales; inclusive, podría afirmarse que no hay diferencias ontológicas, porque en ambas prevalece la noción de relatividad de las nulidades”. (Osvaldo Alfredo Gozaíni, o. cit., pp. 849)

Creus considera que toda nulidad es subsanable. (Carlos Creus, *Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia*, 2º edición, actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 52)

Víctor De Santo opina que “Se suele afirmar que en el derecho procesal civil, en principio, toda nulidad se convalida por el consentimiento, es decir que aun en el supuesto de concurrir, en un caso determinado, los restantes presupuestos de la nulidad, no procedería su declaración si el litigante interesado consintió, expresa o tácitamente, el acto defectuoso.

Esto se atribuye u obedece al carácter relativo que revestirían todas las nulidades procesales”. (Víctor De Santo, *Nulidades Procesales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, pp. 59)

48 En el año 1967, en su libro *La Nulidad en el Proceso*, página 79, Roberto Omar Berizonce sostuvo que “no existen nulidades procesales absolutas, siendo todas susceptibles de ser

En el año 1980, Augusto Mario Morello analizaba si realmente toda nulidad procesal es relativa, considerando que dicha concepción, presente en la década del sesenta del siglo XX, ya no es aceptable desde los setenta del siglo pasado, porque en opinión del autor citado la seguridad jurídica no el único valor a proteger; Morello considera que los jueces y los abogados ya no solo se conforman con la seguridad jurídica, pues también existe el valor justicia y el principio de la defensa en juicio⁴⁹.

Jorge P. Camusso sostiene que los autores comenzaban a abandonar la idea de que toda nulidad procesal es relativa, incidiendo en el supuesto de los tribunales que no han sido debidamente integrados. *“Fundados en aquellos fallos, no son pocos los autores que se inclinan a marcar la conveniencia de revisar el principio que todas las nulidades procesales son relativas, concluyendo que las hay también absolutas en la contienda.*

Respetuosos del pensamiento ajeno, nos parece que en el evento más que de nulidades absolutas cuadra admitir, que se tratan de vicios graves subsanables de oficio por el más alto Tribunal, en oportunidad de ejercitar sus facultades jurisdiccionales, de parecida manera como se comporta laalzada en similares circunstancias”⁵⁰.

convalidadas”, después considera que la nulidad procesal absoluta afecta derechos fundamentales. Osvaldo Alfredo Gozaíni luego de sostener que toda nulidad procesal es relativa, respecto a la nulidad procesal absoluta señala posteriormente: “Esas nulidades no requieren del pedido de parte para lograr la invalidación. De lo contrario, sería posible la vida de una actuación absolutamente insanable, lo que es un contrasentido. La instrumentalidad de las formas, no obstante su finalidad y adaptabilidad al cumplimiento de los actos, tiene ciertas reservas que hacen indisponibles algunas solemnidades, esenciales, del proceso civil. Por ejemplo, la atribución de jurisdicción, la salvaguarda del debido proceso, los actos realizados bajo violencia o intimidación, la preservación de la defensa en juicio, entre muchos más, alertan que su desconocimiento vulnera el interés público comprometido. Por ello, la inobservancia de tales condiciones conduce irremediamente a la anulación –aún oficiosa- de los actos viciados”. (Osvaldo Alfredo Gozaíni, Elementos de Derecho Procesal Civil, Primera edición, Ediar Sociedad Anónima Editora. Buenos Aires, 2005, pp. 528-529)

49 ver el artículo de Augusto Mario Morello, Las Nulidades Procesales. Hacia una interpretación dinámica funcional, En Estudios de Nulidades Procesales, Buenos Aires, Argentina, 1980, pp. 157 a 159

50 Jorge P. Camusso, Nulidades Procesales, Segunda edición, corregida y actualizada, Ediar, 1983, pp. 227

Angelina Ferreyra De De La Rúa y Cristina González De La Vega de Opl sostienen que la tendencia que señalaba que toda nulidad procesal era relativa ha sido superada, planteando lo que consideran una posición moderna, consistente en la convivencia de la nulidad procesal relativa con la absoluta. Las citadas autoras señalan “Esta visión estricta ha sido superada por elaboración doctrinarias acompañadas por la jurisprudencia y se reformula en el sentido de que conviven en el ámbito procesal las nulidades relativas con las “nulidades absolutas”; estas últimas son las que exceden el mero interés privado de la parte y se vinculan con el orden público. Por tal motivo, no pueden ser convalidadas por cuanto afectan a elementos estructurales de la relación jurídico-procesal, por ejemplo: referidas a la constitución del tribunal o a la inobservancia de ciertos presupuestos sentenciales ..., en tanto implican circunstancias obstativas para el dictado de la sentencia. En esta hipótesis, si el interés lesionado vulnera el orden público cabe la posibilidad de que también sea relevado de oficio por el tribunal”⁵¹.

Como se había señalado, Nelson R. Pessoa considera que la nulidad procesal absoluta se configura cuando se vulneran derechos fundamentales; sino existe dicha vulneración se configura la nulidad procesal relativa. “El único requisito necesario para la existencia de nulidad absoluta es que el acto lesione una regla constitucional”⁵². El autor citado considera que la relación entre nulidad absoluta y garantías constitucionales no ha sido debidamente estudiada, que la apreciación mencionada es un mecanismo de control de legalidad, al cual denomina control de legitimidad constitucional, desarrollando tres límites normativos, resumidos en tres ideas básicas: a.- debido proceso, b.- defensa en juicio, y c.- aquello es aplicable en procesos distintos al proceso penal⁵³.

51 Angelina Ferreyra De De La Rúa y Cristina González De La Vega de Opl, Nulidad procesal y saneamiento, en “Revista de Derecho Procesal 2007-1”, Nulidades, Primera edición, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, pp. 114 a 116

52 Nelson R. Pessoa, o. cit., pp. 449

53 “Éste es el camino a seguir, nos referimos a la conexión entre el concepto de nulidad absoluta y garantías constitucionales, pero esta idea no se ha trabajado debidamente por la doctrina de la Corte” ... “En consecuencia, cuando la irregularidad procesal no lesione una norma constitucional en el sentido antes indicado, estaremos frente a una nulidad relativa” ... “Se podría decir que el sistema de las nulidades absolutas es un mecanismo de control de legitimidad constitucional de los actos del proceso penal en función de ciertos derechos

Nelson R. Pessoa comenta que la Corte Suprema argentina ha establecido criterios para identificar la nulidad procesal absoluta, siendo ellos: a.- afectación al orden público, b.- lesión a una “garantía constitucional” y c.- incumplimiento de “formas sustanciales del proceso penal”, es decir, formas esenciales; el citado autor opta por la lesión a garantías constitucionales⁵⁴; señalando además que existen criterios, características y diferencias que son cuestionables para definir tanto a la nulidad procesal absoluta y relativa, señalando que en todo caso aquellas son el efecto o consecuencia de una diferencia⁵⁵.

Alberto M. Binder sostiene que la declaración de nulidad procede ante “*la necesidad de restaurar la vigencia de un principio constitucional*”, considera además que se debe abandonar la clasificación entre nulidad procesal absoluta y relativa porque no es clara y se sustenta en un falso paralelismo, resaltando que cuando el defecto es grave por vulneración de un principio constitucional o los principios de protección del imputado, debe ser repa-

constitucionales” ... “Esos límites normativos impuestos por la ley constitucional se pueden resumir en tres ideas básicas:

a.- “Debido proceso” o “proceso legal”;

b.- “defensa en juicio”;

c.- “reglas válidas en campos ajenos al proceso penal y también vigentes en él”.

Esos límites jurídicos vistos desde la situación de las personas sometidas a tal poder son derechos constitucionales. Por ello se puede aseverar que existe un derecho constitucional al “debido proceso legal”, un derecho constitucional a “la defensa en juicio” y un tercer grupo de derechos constitucionales, por ejemplo, al ámbito de privacidad, a la inviolabilidad de papeles privados, etcétera, que funcionan también en el proceso penal”. (Nelson R. Pessoa, *La Nulidad en el Proceso Penal. Estudio de los “Silencios Normativos Aparentes”*, Tercera edición ampliada y actualizada, Santa Fe, 2013, pp. 447 a 451)

54 ver Nelson R. Pessoa, o. cit., pp. 438 a 445

55 “Un criterio cuestionable para distinguir las nulidades absolutas y relativas No es infrecuente, a la hora de ensayar la distinción de referencia, que se use el siguiente razonamiento (al que calificamos como incorrecto): las nulidades absolutas y relativas se diferencian entre sí por estas notas: las primeras son declarables de oficio, en cualquier estado y grado del proceso; pueden ser peticionadas por cualquier sujeto; no son convalidables, etcétera. Las segundas, en cambio, se caracterizan por que no pueden ser declaradas de oficio y se presentan las peculiaridades opuestas, en cada caso, a las de nulidades absolutas”. (Nelson R. Pessoa, o. cit., pp. 439)

“En síntesis, la diferencia entre una y otra clase de nulidad no reside en ese conjunto de peculiaridades en torno a su declaración procesal, sino que tales notas son el efecto o consecuencia de una diferencia, que en nuestra opinión se construye en torno a ciertos datos estructurales ...”. (Nelson R. Pessoa, o. cit., pp. 440)

rado de oficio y no procede la convalidación. “Se ha utilizado el nombre de nulidades absolutas para señalar aquellos vicios formales que podían ser reparados por la actividad oficiosa del juez, el cualquier estado del proceso. Aquellas que no eran absolutas se convertían en relativas, más por una razón de armonía de los conceptos que por una verdadera necesidad de explicación. Sin embargo es *preferible abandonar la dualidad de nulidades absolutas y relativas en el proceso ya que no aporta demasiada claridad y funda un falso paralelismo con los conceptos de nulidades absolutas y relativas de los actos jurídicos*. Debe quedar claro que cuando se trata de quebrantamiento de forma que afectan los principios de protección del imputado ésta debe ser oficiosa por parte del juez porque es una de las dimensiones esenciales de la jurisdicción. *El concepto de convalidación no juega aquí ningún papel, aun cuando el imputado hubiera contribuido de un modo determinante en la creación del vicio formal*. Por eso, sólo debemos utilizar en esta teoría de las nulidades el binomio reparación-nulidad. No hace falta un concepto intermedio”⁵⁶.

Julio B. J. Maier ante los problemas en torno a la definición de nulidad absoluta, considera que de todas maneras es necesario definirla y establecer en qué casos procede, señalando “que provocan nulidades absolutas, que no soportan subsanación alguna, ni convalidación en la sentencia, en primer lugar, aquellos defectos que interesan al núcleo de los principios que gobiernan el debate y determinan su definición como procedimiento (juicio) regular, ...”⁵⁷, mencionando el autor citado supuestos como la supresión de la publicidad del debate, defectos en torno a la reglamentación de la asistencia necesaria de las personas llamadas a intervenir en el debate, la concentración en el debate, los relativos a la oralidad, entre otros.

En nuestro país, César Augusto Nakasaki Servigón considera que se configura la nulidad procesal absoluta si se ha vulnerado una garantía constitucional de la persona. “El fundamento constitucional de la nulidad procesal constituye el criterio que determina cuándo la infracción de una forma procesal deberá provocar la invalidez del acto procesal.

56 Alberto M. Binder, o. cit., 2000, pp. 100 y 101

57 Julio B. J. Maier. Derecho Procesal Penal, Tomo III, Parte General. Actos procesales, Primera edición, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 2011, pp. 45

El fundamento constitucional de la nulidad procesal permite, asimismo, diferenciar las nulidades procesales absolutas de las relativas.

Si la forma procesal violada ha sido establecida con la finalidad de hacer efectiva una garantía constitucional de la persona sometida a proceso penal, el acto procesal anormal provoca una nulidad procesal absoluta.

Las formas procesales cuya inobservancia genera la nulidad absoluta son las que guardan relación directa con las disposiciones constitucionales que ponen límites al poder punitivo estatal o que reconocen al justiciable derechos en el proceso penal; por ejemplo, las reglas de la prohibición de la persecución penal múltiple, o de la prohibición de la *reformatio in peius*⁵⁸. Por su parte Víctor Ticona Postigo establece una definición de nulidad procesal que comprende tanto a la nulidad procesal absoluta y relativa, así como señala que el Código Procesal Civil vigente reconoce en casos excepcionales a la nulidad absoluta, siendo la regla general la nulidad relativa. “*Se ha definido a la nulidad procesal como el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido. Esta definición comprende tanto a la nulidad absoluta como a la relativa*” ... “*Es principio general para el derecho procesal que toda nulidad es relativa; por excepción la nulidad es absoluta.*”

*Sin embargo, es pertinente anotar que un sector de la doctrina sostiene que toda nulidad, sea sustancial o sea que se refiera al trámite principal del proceso, es relativa y por tanto puede convalidarse o subsanarse. Empero, la mayor parte de la doctrina, dentro de la cual se inspira nuestro Código, sostiene que la regla general de que toda nulidad es relativa admite casos excepcionales de nulidad absoluta*⁵⁹.

58 César Augusto Nakasaki Servigón, La garantía de la defensa procesal: Defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión, En Libro Homenaje Facultad de Derecho. Universidad de Lima. Fondo Editorial. Primera edición, Lima-Perú, 2006, pp. 41.

59 Víctor Ticona Postigo, El Derecho al debido proceso en el proceso civil. Doctrina, legislación, jurisprudencia, Segunda edición, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2009, pp. 983

El Código Procesal Civil vigente no regula sobre la nulidad procesal absoluta ni la relativa, no utiliza dicha denominación; en cambio, el decreto legislativo N° 957, nuevo Código Procesal Penal, sí lo regula, utiliza dicha denominación, especialmente en los artículos 150 y 151.

El Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 7130, de 1989, que estará en vigencia hasta octubre del 2018, regula en el artículo 197 sobre Nulidades Absolutas: *“Cuando se trate de nulidades absolutas por existir un vicio esencial para la ritualidad o marcha del procedimiento, el juez ordenará, aún de oficio, que se practiquen las diligencias necesarias para que aquél siga su curso normal. La nulidad solo se decretará cuando sea absolutamente indispensable su pronunciamiento para evitar indefensión o para orientar el curso normal del procedimiento. Tampoco deberá prosperar si es posible reponer el trámite o corregir la actuación, sin perjuicio de los demás actos procesales”*.

2.4.- Nulidad de oficio y nulidad a pedido de parte

La nulidad procesal requiere ser declarada por el juzgador, quién la declara con o sin solicitud previa de parte interesada; por lo que la clasificación materia de comentario se refiere a quién puede advertir el defecto de nulidad. En la nulidad de oficio el juez la advierte sin requerimiento previo, en cambio en la nulidad a pedido de parte el descubrimiento del defecto y posterior pedido lo realiza la parte interesada, afectada por el defecto. En la nulidad de oficio existe vulneración de norma procesal imperativa de interés público, está de por medio el orden público, pudiendo ser declarada en cualquier estado del proceso; en cambio en la nulidad procesal a pedido de parte, existe vulneración de una norma procesal imperativa que afecta un interés particular, específico, por ello se requiere que el interesado reaccione, supeditándose su ejercicio dentro de la oportunidad o plazo establecido en la ley, de lo contrario el acto procesal viciado se repara, se resana, pues pasada la oportunidad o transcurrido el plazo, se verifica el saneamiento procesal.

Al respecto Juan Carlos Mendonça determina “tres tipos de nulidades declarables de oficio: 1° Las conminadas por ley; 2° las que provienen de la violación de una norma prohibitiva; 3° y las que –strictu sensu- afectan el orden público, aunque los actos que las acarreen no estén expresamente

declarados nulos ni expresamente prohibidos”⁶⁰; Julio E. Salas Vivaldi considera que “pueden los tribunales declarar de oficio la ineficacia de los actos que constituyan la estructura misma del proceso y que le dan el carácter de instrumento idóneo para cumplir la función constitucional de administrar justicia, porque en su ejecución está comprometido el interés público. Asimismo, igual sanción recaerá sobre las actuaciones que miran a la defensa particular de los litigantes, siempre que las irregularidades de que adolezcan les infieran agravios y aleguen con oportunidad la nulidad pertinente”⁶¹. Ángela Ester Ledesma señala que “En este orden de ideas, cabe aclarar que en la nulidad declarable de oficio se tiene en cuenta el interés social de la legalidad del proceso y en la declarable a petición de parte, su objeto se ciñe al interés particular de la defensa en juicio en cuanto quede a disposición del particular interesado”⁶².

Miguel Otero Lathrop reconoce la clasificación materia de comentario, señalando respecto a la nulidad de oficio lo siguiente: “Un tribunal puede decretar la nulidad de un acto procesal, de oficio, solamente si la ley expresamente lo facultada a ello, salvo que se trate de una nulidad procesal de derecho público. La nulidad, declarada de oficio o a pedido de parte, es una misma institución jurídica, sin que pueda diferenciarse en cuanto a su procedencia o a sus efectos atendiendo a si la debe requerir la parte, o bien, si la debe declarar de oficio el tribunal.

La única diferencia existente entre la petición de parte y el proceder de oficio tiene relación con los requisitos de ser parte procesal, solicitar la nulidad dentro del plazo, no haber originado el vicio o concurrido a su materialización y no haber convalidado tácita o expresamente el acto. El tribunal solo requiere que la ley lo faculte para ello”⁶³.

60 Juan Carlos Mendonça, o. cit., pp. 148

61 Julio E. Salas Vivaldi, *Los incidentes y en especial el de Nulidad Procesal*, Cuarta Edición, Santiago de Chile, junio 1989, pp. 28

62 Ángela Ester Ledesma, o. cit., pp. 331

63 Miguel Otero Lathrop, *Apreciaciones generales sobre la validez de los actos procesales y el debido proceso*, en *Nuevos Paradigmas del Derecho Procesal*, Primera edición, México, junio de 2016, pp. 249

Alberto M. Binder sostiene que *“Generalmente la reparación reclama algún grado importante de actividad judicial o de las partes. Pero no es necesaria una actividad que desencadene la reparación, por ejemplo, una instancia de parte. Siempre que se trate de la restauración de la vigencia de un principio constitucional la actividad judicial no está condicionada por ninguna actividad de la defensa, es decir, procede de oficio, tal como hoy lo reconocen muchas legislaciones procesales”*⁶⁴.

La nulidad procesal de oficio se encuentra regulada en el último párrafo del artículo 176 del Código Procesal Civil, reservada únicamente para declarar la nulidad insubsanable. En el decreto legislativo N° 957, nuevo Código Procesal Penal, el artículo 150 establece que la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio o a pedido de algún sujeto procesal; el artículo 151 establece que la nulidad relativa debe ser instada por el sujeto procesal afectado. Debe tenerse presente que el inciso 1 del artículo 409 del Nuevo Código Procesal Penal, decreto legislativo N° 957, establece como competencia del Tribunal revisor que *“La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”*.

El Código de Procedimiento Civil de Chile de 1902, Ley N° 1552, establece en el primer párrafo del artículo 83 que *“La nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos en que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad”*.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Rioja, Argentina, Ley 1575 del año 1950, en el artículo 133 establece: *“La nulidad se declarará a petición de parte, quien, al promover el incidente, deberá expresar el perjuicio sufrido y el interés que procura subsanar con la declaración. Los jueces podrán declararla de oficio siempre que el vicio no se hallare consentido; lo hará, sin sustanciación, cuando aquél fuere manifiesto”*.

64 Alberto M. Binder, o. cit., 2000, pp. 100

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Argentina, Ley N° 5531, del año 1961 establece en el artículo 125 que *“Las nulidades deben declararse a petición de parte interesada. Las de orden público podrán ser alegadas por cualquiera de las partes o por el ministerio público, en todo estado y grado de la causa; el juez deberá pronunciarlas de oficio”*.

El Código Procesal Civil de Paraguay, Ley 1.337, vigente desde 1989, regula en el artículo 112 y 113 la nulidad a pedido de parte y la declarable de oficio respectivamente. El artículo 112 establece que *“La nulidad sólo será declarada a instancia de la parte perjudicada por el acto viciado, si no contribuyó a este, salvo los casos en que la ley establezca la nulidad de oficio”*. El artículo 113 establece que *“La nulidad será declarada de oficio, cuando el vicio impida que pueda dictarse válidamente sentencia definitiva, y en los demás casos en que la ley lo prescriba”*.

El inciso 2 del artículo 227 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, Ley 1/2000 establece que *“... el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiera recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”*.

El artículo 106 del Código Procesal Civil boliviano del 2013, Ley N° 439, establece en el numeral I que *“La nulidad podrá ser declarada de oficio o a pedido de parte, en cualquier estado del proceso, cuando la ley la califique expresamente”*; desarrollando en el numeral II la nulidad a pedido de parte.

El inciso 1 del artículo 110 del Código Orgánico General de Procesos COGEP, del Ecuador del 2015, establece que la nulidad del proceso deberá ser declarada *“De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial”*.

2.5.- Nulidad expresa y Nulidad implícita o virtual

La nulidad procesal expresa guarda relación con el principio de legalidad de la nulidad procesal, también llamado especificidad o taxatividad, en tanto la causal de nulidad debe estar expresamente establecida en la ley procesal; en cambio la nulidad implícita o virtual deviene de la vulneración de una

norma procesal imperativa o prohibitiva, que incide en la afectación de derechos fundamentales, tales como el derecho al debido proceso, el derecho de defensa, o requisitos esenciales del acto jurídico procesal, pero no se establece expresamente la ocurrencia de nulidad.

Reconoce esta clasificación Hernando Devis Echandía al señalar que “*Existen también nulidades expresas e implícitas. Si bien es indispensable limitar la nulidad a los vicios esenciales, cuando el legislador no los contempla taxativamente debe aceptarse que los casos señalados en la ley no son los únicos y que el remedio debe ser igual cuando se incurra en otros vicios de similar importancia, principalmente cuando se desconozca los principios del derecho de defensa y de la debida contradicción o audiencia bilateral*”⁶⁵, sosteniendo el maestro colombiano que las nulidades implícitas provienen de una doctrina de las nulidades de origen constitucional por violación de la Carta Magna.

Enrique Véscovi considera que las nulidades implícitas contradicen el principio de legalidad de la nulidad procesal. “La doctrina, no sin discrepancias, ha creado la categoría de las llamadas *nulidades implícitas*, que contradice el principio puesto que admite que, al menos en ciertos casos, existen nulidades que no están previstas en la ley expresamente, pero que resultan de principios contenidos en el texto (aunque no explicitados). Así sucede cuando se “*violan las garantías fundamentales del proceso*” o “*el derecho de defensa y de la debida contradicción o audiencia bilateral*”, lo que también se ha llamado *caso de indefensión*”⁶⁶.

Roberto Omar Berizonce y Carlos Creus sostienen que la nulidad implícita se verifica ante la violación de principios básicos del proceso o de prohibiciones explícitas contenidas en normas constitucionales. Roberto Omar Berizonce considera: “Como *postulado general*, útil para determinar cuándo nos encontramos en presencia de una nulidad implícita podemos enunciar el siguiente, obtenido por inducción: hay vicio de procedimiento que importa nulidad implícita, cuando tal irregularidad suponga *violación de los*

65 Hernando Devis Echandía, o. cit., pp. 671 y 672

66 Enrique Véscovi, Teoría General del Proceso, Santa Fé de Bogotá - Colombia, 1999, pp. 264

principios básicos del proceso”⁶⁷. Carlos Creus establece que “..., como especie de tertium genus se mencionan hipótesis constitutivas de nulidades virtuales o implícitas, las que se darían cuando, sin conminación expresa de la ley y sin posibilidades de encuadrarse como nulidades de orden general, presentan situaciones de conflicto en el proceso que sólo pueden ser superadas mediante la declaración de nulidad; tales son los casos en que se han violado prohibiciones explícitas o implícitas de las leyes procesales o de fondo, o contenidas en normas constitucionales, o no se cumplen exigencias estrictas contenidas en ellas, con evidente perjuicio para la regularidad del proceso (según opinión de Clariá Olmedo), y por tanto, notoriamente demostrativos de la improcedencia de trámite”⁶⁸.

Esiquidio Manuel Sánchez Herrera sostiene que la nulidad implícita es una pauta atenuadora del principio de legalidad, describiendo ejemplos interesantes. “Dentro de las pautas atenuadoras del principio de especificidad, que revisten a la vez, el carácter de complementarias e integrativas de él, se puede citar: a) Disposición prohibitiva asimilada a la nulidad expresa. Equipara a las nulidades expresas, las derivadas de disposiciones imperativas, V.gr, las expresiones “no será permitido”, “es inadmisibles”, “no podrá”, son suficientes para que el juez pueda pronunciar la nulidad aunque ésta no esté prescripta en forma expresa; b) Omisión de elementos sustanciales del acto. A falta de un texto imperativo, se faculta al juez para declarar la nulidad, cuando se ha omitido un elemento sustancial en la ejecución de un acto (son las llamadas nulidades implícitas)”⁶⁹. Por su parte Héctor Casco Pagano señala que la Nulidad implícita o virtual “Es la que proviene de la violación de normas prohibitivas, lo cual trae aparejada la posibilidad de declarar la nulidad del respectivo acto (nulidad virtual), v.g.: normas legales imperativas que contienen expresiones tales como: “en ningún caso”, “es inadmisibles”, “no será permitido”, etc.”⁷⁰.

67 Roberto Omar Berizonce, o. cit., 1967, pp. 73

68 Carlos Creus, Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia. 2° edición, actualizada y ampliada. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 46

69 Esiquidio Manuel Sánchez Herrera, Las nulidades en materia disciplinaria, En Lecciones de Derecho Disciplinario, volumen I, Bogotá DC, Colombia, noviembre del 2006, pp. 241

70 Hernán Casco Pagano, Nulidades Procesales Civiles, en “Revista U.N.A 2009”, Paraguay-Asunción, 2009, pp. 139

Epifanio Condorelli y Osvaldo Alfredo Gozaíni relacionan a la nulidad implícita con el incumplimiento de formalidades esenciales. “Desde luego que la nulidad no es solamente procedente cuando exista un texto expreso que las conmine, sino que tal principio reconoce importantes atenuaciones cuando la nulidad es la consecuencia necesaria de la omisión de formalidades esenciales, hipótesis en la que también procede su declaración aún cuando no estuviera concretamente conminada, que es lo que se conoce como nulidades *implícitas*”⁷¹. “El principio recuerda la regla del código napoleón “pas de nullité sans texte”, pero no impide que se anulen actos que eviten el compromiso con formalidades esenciales (nulidades implícitas)”⁷².

José Licinio Scelzi, citando a D’Albora, realiza una interesante apreciación de las nulidades virtuales o implícitas. “La imperfección que decide la invalidez del acto, en supuestos de nulidades virtuales o implícitas, no se colige de la inobservancia de la regulación procesal específica, sino del quebrantamiento de formas o requisitos acuñados por la Constitución nacional; la ley penal, civil, comercial, etc.; o el conjunto del régimen procesal como sistema (D’Albora)”⁷³.

Por último, es importante referir la opinión de Lorenzo Zolezzi Ibárcena, quién diferencia entre nulidades implícitas y nulidades virtuales, considerándolas complementos del principio de legalidad o especificidad; señalando⁷⁴ que las nulidades implícitas se presentan “*cuando el acto carece de requisitos indispensables para obtener su fin o cuando se violen formalidades o requisitos esenciales*” y las nulidades virtuales “*cuando se viola una ley imperativa o prohibitiva*”.

71 Epifanio J. L. Condorelli, *Presupuestos de la Nulidad Procesal*, En *Estudios de Nulidades Procesales*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1980, pp. 96

72 Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, volumen 2, Buenos Aires, 1992, pp. 850

73 José Licinio Scelzi, *Procedimiento Penal: de las nulidades en general y de las absolutas en particular*, en “*Prudentia Iuris*” N° 50, Buenos Aires, agosto 1999, pp. 104

74 Lorenzo Zolezzi Ibárcena. *Las Nulidades Procesales en el Derecho Comparado*, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*. Tomo II. *Derecho Comparado*, México 1988, pp. 1431

La nulidad expresa está regulada en la primera parte del primer párrafo del artículo 171 del Código Procesal Civil, que regula al principio de legalidad en materia de nulidades procesales, artículo que debe concordarse con el inciso 2 del artículo 175 del Código Procesal Civil, que establece que la nulidad procesal debe ser declarada improcedente cuando “*Se sustente en causal no prevista en este Código*”. En el Decreto Legislativo 957, nuevo Código Procesal Penal, la nulidad expresa se encuentra regulada en los artículos 149, 150 y 151. En el artículo 149 se regula el principio de taxatividad, que es otro nombre que se le asigna al principio de legalidad; así como en los artículos 150 y 151, se establece expresamente en qué casos se configura la nulidad absoluta y la nulidad relativa respectivamente.

Respecto a la nulidad procesal implícita o virtual, siguiendo la opinión de Hernando Devis Echandía, consideramos que encuentra regulada a nivel constitucional, ante la vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso, el derecho de defensa y prohibición de la indefensión; además también se encuentra relacionada al cumplimiento de requisitos de validez del acto procesal y a toda norma procesal de naturaleza imperativa de interés público, siempre que la consecuencia jurídica de nulidad no se encuentre establecida expresamente.

El Código Procesal Civil para el Distrito Federal de México de 1932, en su artículo 74 regula tanto a la nulidad implícita como a la expresa, al establecer que “*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*”.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Argentina, Ley N° 5531, del año 1961, considera a la clasificación materia de comentario, al establecer en el artículo 124 que “*Ninguna actuación ni otro acto de procedimiento será declarado nulo si la ley no le ha impuesto expresamente esa sanción*”.

Sin embargo, la omisión de un elemento substancial autorizará al juez, apreciando las consecuencias materiales y jurídicas que se hayan derivado, a pronunciar la nulidad aun a falta de toda sanción expresa. La disposición prohibitiva está asimilada a la nulidad expresa”.

El Código de Procedimiento Civil venezolano de 1989, establece en el artículo 206: *“Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que pueden anular cualquier acto procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez. En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado”*.

El Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 7130, de 1989, que estará en vigencia hasta octubre del 2018, regula en el artículo 194 tanto a la nulidad expresa como a la virtual: *“Forma bajo pena de nulidad.- Cuando la Ley prescribiera determinada forma bajo pena de nulidad, la declaración de ésta no podrá ser requerida sino por la parte perjudicada. No obstante, esta nulidad es declarable aún de oficio, cuando se hubiere producido indefensión o se hubieren violado normas fundamentales que garanticen el curso del procedimiento”*.

El Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 9342, que entrará en vigencia en octubre del 2018, establece en el artículo 32.1 sobre la procedencia de la nulidad que *“La nulidad de los actos procesales solo se decretará cuando se cause indefensión”*.

2.6.- Nulidad total y Nulidad parcial

Una primera aproximación para describir el significado de esta clasificación, es una manera lógica, que considera que si el defecto en el acto procesal ocasiona la nulidad de todo el acto estamos ante la nulidad total, mas si el defecto solamente afecta una parte, se presenta la nulidad parcial. Esta manera lógica es presentada por Juan Carlos Mendonça quién señala que *“Todos los requisitos de validez de un acto procesal pueden estar viciados, o pueden estarlo solamente alguno de ellos. En el primer caso se habla de nulidad total y en el segundo de nulidad parcial. Consecuentemente se producirá la pérdida de todos o de parte de los efectos que el acto normalmente tendería a producir, ...”*⁷⁵. Asimismo Jaime Guasp y Pedro Aragoneses con-

75 Juan Carlos Mendonça, o. cit., pp. 165

sideran que “La nulidad consiste en que la falta de alguno de los requisitos exigidos para el acto procesal acarrea, por imperativo del ordenamiento jurídico, la pérdida de todos (nulidad total) o de parte (nulidad parcial) de los efectos que el acto normalmente tendería a producir”⁷⁶.

Otra manera interesante y apropiada de apreciar la clasificación materia de comentario, es tener presente dos aspectos; el primero consiste en realizar un análisis de un acto jurídico procesal en particular, en el segundo se debe tener en cuenta un acto jurídico procesal relacionado con actos jurídicos anteriores y posteriores a él, es decir el iter procesal.

Cuando se analiza el acto jurídico procesal en particular, debe apreciarse la magnitud o trascendencia del defecto, por lo que si el defecto es esencial a pesar de residir en una parte del acto procesal, traerá como resultado la nulidad de todo el acto procesal, en cambio si el defecto no es trascendental, el acto procesal mantiene sus efectos, excepto la parte contaminada, configurándose el principio de conservación a través de la independencia o divisibilidad de los actos procesales. En consecuencia, si el defecto es esencial todo el acto será viciado, a pesar que solamente haya sido afectado una parte del acto procesal; en cambio será parcial si el defecto no es esencial, a pesar de estar dañado casi todo el acto procesal, manteniéndose el resto. Al respecto José Licinio Scelzi señala que “Totales son las nulidades que despojan de eficacia jurídica a la integridad del acto (nulidad de indagatoria); y parciales las que sólo enervan en parte la validez de una actuación –de suyo divisible- obstando a que un rigorismo formal inconducente concluya anulando la totalidad de lo obrado”⁷⁷.

Cuando se analiza el acto jurídico procesal y su relación con los actos anteriores y posteriores, también debe apostarse por la conservación del proceso, es decir, si los actos procesales son independientes del acto defectuoso, no debe declararse la nulidad de aquellos. “Debe admitirse, pues, que la nulidad total o parcial puede referirse a los elementos que constituyen un

76 Jaime Guasp y Pedro Aragonese, *Derecho Procesal Civil*, Tomo Primero, Madrid, 2002, pp. 311

77 José Licinio Scelzi, *Procedimiento Penal: de las nulidades en general y de las absolutas en particular*, o. cit., pp. 104

acto individual del proceso, a un conjunto de actos procesales y aun a todo el proceso. Según el caso se mantendrán válidas las partes no viciadas de un procedimiento o el proceso mismo, si es posible suplir la deficiencia. Para establecer estas consecuencias, deberá tenerse en cuenta la relación en que se encuentran los elementos de un acto o los actos entre sí: si son antecedentes, consecuentes o independientes. Los primeros y los últimos no quedarán afectados, los consecuentes sí, entendiéndose que son tales en cuanto viene con posterioridad y se fundan en el elemento o en el acto viciado”⁷⁸.

Sergio Gabriel Torres señala que la clasificación materia de comentario atiende a la extensión de la sanción de nulidad: *“Indudablemente, para que pueda funcionar la nulidad parcial es necesario que el acto de que se trate sea divisible.*

Así un acto singular, por ejemplo una declaración indagatoria, un reconocimiento de personas o un acto de secuestro, no pueden ser nulos más que en su integridad.

Por el contrario, los motivos de anulación se pueden referir tan sólo a una parte del acto, como aquellos que contienen varias disposiciones; en tal hipótesis se podrá nulificar una parte y hacer valer las restantes”⁷⁹.

Beatriz Quintero y Eugenio Prieto opinan que el principio de la nulidad procesal, directamente relacionado con la nulidad parcial o la extensión de los efectos de la nulidad, es el principio de conservación. *“El que se está comentando es el principio de conservación de los actos procesales. Según él, cabe predicar que la nulidad de un acto no importa la de los actos precedentes ni la de los sucesivos que sean independientes de él. Que si el vicio impide un determinado efecto, el acto puede producir los efectos para los que sea idóneo. Peor si la omisión o la nulidad de un acto afecta al mismo procedimiento de modo tal que impida alcanzar su objeto, quedan inutilizados también los actos anteriores, que por sí serían válidos, porque estando destinados por definición a tener una eficacia interna en el proceso, esa eficacia se produce en el vacío si el proceso es condenado a agotarse, sin*

78 Juan Carlos Mendonça, o. cit., pp. 166

79 Sergio Gabriel Torres, Nulidades en el Proceso Penal, Buenos Aires, Argentina, setiembre 1993, pp. 58 y 59

que sea factible decidir el derecho sustancial sometido como litigio en la pretensión. La nulidad parcial es una consecuencia lógica del carácter residual de las nulidades, porque ella consiste en dejar vigente aquella parte del proceso que no adolece del vicio”⁸⁰.

Jorge W. Peyrano desarrolla 4 principios de la nulidad procesal parcial; el primero se refiere a que la nulidad parcial de una resolución es la regla de excepción, la regla general es la desestimación de la nulidad parcial de la resolución; el segundo principio se refiere a la conveniencia de que la nulidad fragmentaria sea lo más reducida y acotada que resulte viable, dejándose en pie toda aquella porción de pronunciamiento judicial que no sea menester privarla de efectos, por lo tanto debe procurarse morigerarse la regla denominada “comunicabilidad de las nulidades procesales”; el tercer principio consiste en que ante la duda debe aplicarse el principio de conservación del acto procesal; el cuarto principio consiste en que si el defecto afecta una parte del acto, ésta carece de validez y la restante pueda sustentarse por sí misma⁸¹.

La nulidad procesal total y la nulidad procesal parcial están reguladas en el artículo 173 del Código Procesal Civil, sumillado como extensión de la nulidad, desarrollando el fenómeno de la independencia, divisibilidad y/o comunicabilidad de los actos procesales; resaltando dos supuestos, el análisis de un acto procesal específico defectuoso y el segundo referido al acto procesal defectuoso y su relación con actos procesales anteriores y posteriores. En el decreto legislativo 957, nuevo Código Procesal Penal, se regula la nulidad parcial en el inciso 1 del artículo 154, el cual establece que son efectos de la nulidad: “1.- *La nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. El juez precisará los actos dependientes que son anulados*”.

80 Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, Teoría General del Proceso, Tercera edición, ampliada y corregida, Editorial Temis S.A., Bogotá - Colombia, 2000, pp. 484

81 ver Jorge W. Peyrano, Principios en materia de nulidades parciales de resoluciones judiciales, En la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo V. Juez y Sentencia Constitucional, México, 2008, pp. 542 a 544.

El artículo 13 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, regula sobre los alcances de la nulidad lo siguiente: “13.1.- *La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.*

13.2.- La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulte independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

13.2.- Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio”.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Argentina, Ley N° 17454, en vigencia desde 1968, establece en el artículo 174 que “*La nulidad de un acto no importará la de los anteriores ni la de los sucesivos que sean independientes de dicho acto. La nulidad de una parte del acto no afectará a las demás partes que sean independientes de aquélla”.*

El Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy, Ley 1967, establece en el artículo 182 sobre la extensión de la nulidad: “*La nulidad de un acto no importa la de los anteriores ni la de los sucesivos que sean independientes de dicho acto.*

La nulidad de una parte del acto no afectará a las demás partes que sean independientes de la misma.

Cuando el vicio impida un determinado efecto, el acto podrá, sin embargo, producir los demás efectos para los cuales es idóneo”.

El artículo 230 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, Ley 1/2000, regula la clasificación materia de comentario, estableciendo “*Conservación de los actos.- 1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo acto que sean independientes de aquélla”.*

El artículo 133 del Código General del Proceso de Colombia del 2012, Ley N° 1564, alude a esta clasificación, al establecer que “El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos”, enunciando luego ocho supuestos de nulidad expresa.

III.- LA NULIDAD PROCESAL INSUBSANABLE

La nulidad procesal insubsanable se verifica cuando el defecto o deficiencia no es pasible de ser saneada, por ende imposible de ser subsanada o convalidada, es decir estamos ante un defecto insaneable. El aspecto descrito identifica y es el aspecto central de la nulidad procesal insubsanable, si se quiere, su primera y principal característica. En consecuencia, ésta nulidad procesal se encuentra fuera del marco de influencia del principio de saneamiento procesal, por lo tanto no pueden verificarse dos aspectos dentro del también denominado principio de expurgación, nos referimos al principio de subsanación procesal y al principio de convalidación procesal, desde nuestro punto de vista la primera a cargo del juzgador, la segunda a cargo de las partes. Por otro lado, es importante precisar que el juzgador debe agotar por todos los medios legales sanear la deficiencia.

Para identificar el significado y ámbito de la nulidad procesal insubsanable, debe tenerse claro cuándo se configura el saneamiento procesal, es decir en qué casos el juzgador puede subsanar la deficiencia o cuando opera el principio de convalidación procesal por actividad de las partes, todo lo cual es el ámbito de la nulidad procesal subsanable, materia de comentario en capítulo anterior, estando que corresponde en este momento establecer en qué casos se configura la nulidad insaneable, recalcando la importancia de tener bien precisos los contornos de la nulidad saneable.

Los supuestos de configuración de la nulidad procesal insubsanable son los siguientes: a.- cuando existe la vulneración de una norma procesal de carácter imperativo que no puede sanearse, renunciarse o disponerse, dentro de lo cual se ubica no satisfacer los requisitos esenciales del acto jurídico procesal, no cumplir los presupuestos procesales, vulnerar lo que se conoce en doctrina como normas procesales orgánicas, referidas a la constitución y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, todo lo anterior amerita que debe analizarse lo

concerniente al orden público en materia procesal; b.- la verificación de defectos que dan origen a la nulidad procesal intrínseca, o por defectos de fondo del acto procesal, la cual no puede sanearse, tales como el dolo procesal o el fraude procesal, o cuando se configuran supuestos referidos a los vicios de la voluntad, como por ejemplo la violencia, la intimidación; así como la simulación en el proceso, por lo tanto estrictamente sujetos a normas procesales y no al régimen del derecho sustantivo o civil, que no es el aplicable; c.- vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales, estando aquí la conexión de la nulidad procesal insubsanable con la denominada nulidad procesal absoluta.

En anterior capítulo del presente artículo, se han comentado seis clasificaciones de la nulidad procesal, utilizando abundante doctrina, e incluso regulación normativa nacional y extranjera, se ha precisado el ámbito de cada una de tales clasificaciones; las cuales, conforme se ha desarrollado, tienen una característica fundamental y predominante que las diferencia de las demás, pero ello no descarta que exista relación entre las clasificaciones, que existan ciertos aspectos comunes, características comunes, pero aquello no significa que representen lo mismo.

Por lo tanto, la nulidad procesal insubsanable y la nulidad procesal absoluta son distintas, no significan lo mismo, la primera se caracteriza porque es una nulidad insaneable, no opera el saneamiento procesal; en cambio la segunda se caracteriza porque se vulneran derechos o garantías constitucionales; luego de realizada dicha precisión, puede que coincidan en algunas otras características.

Así también en la clasificación nulidad procesal insubsanable y la subsanable, está presente el principio de saneamiento procesal y no es necesario establecer que una representa regla general y la otra especial; en cambio en la clasificación nulidad procesal absoluta y la relativa está presente el principio de conservación del acto procesal, y en atención a su aplicación la nulidad procesal relativa es la regla general, porque debe apostarse siempre por el mantenimiento del proceso.

Luego de haber establecido la definición de nulidad procesal insubsanable, precisado el aspecto central que la individualiza e identifica como distinta, referida a la imposibilidad de sanear la deficiencia, se pueden señalar las ca-

racterísticas de la nulidad insaneable, siendo ellas: a.- la deficiencia afecta una norma procesal imperativa o de orden público, lo cual comprende afectaciones de nivel constitucional y de nivel normativo legal; b.- la intensidad de la deficiencia, el defecto debe ser grave; c.- puede declararse en cualquier estado y grado del proceso⁸²; d.- el juzgador debe declararla de oficio, o a pedido de parte.

Se concluye con la opinión de dos autores, respecto a la nulidad procesal insubsanable. Héctor Sanabria Santos señala que “... se ha insistido en la existencia de nulidades saneables e insaneables; las primeras entrañan irregularidades esencialmente subsanables, esto es, permiten que bajo ciertos supuestos las deficiencias formales de la actuación se tengan por corregidas y no se llegue a la invalidez, mientras que las segundas no admiten solución distinta que la aniquilación de la actuación viciada. Igualmente se ha visto que las dos modalidades de nulidades tienen un tratamiento distinto en cuanto respecta al momento de la aducción, la legitimación para proponerlas y la posibilidad de su declaración a petición de parte o en forma oficiosa”⁸³. Sergio Gabriel Torres opina que “Cabe recordar que no pueden ser subsanadas aquellas nulidades que afecten cuestiones esenciales establecidas por razones de orden público y para garantizar el ejercicio efectivo de una garantía constitucional”⁸⁴.

82 El fundamento 9 del voto dirimente del magistrado del Tribunal Constitucional Espinoza-Saldaña Barrera, en el Expediente N° 2135-2012-PA/TC señala: “Los jueces de este Tribunal Constitucional, tal como los demás jueces y juezas de la República, tienen una potestad nulificante, indesligable de sus funciones, en la medida que tiene el deber de impartir justicia conforme a la Constitución y las leyes (artículos 51 y 138 de la Constitución), y a que toda decisión judicial debe estar basada en Derecho (artículo 139, inciso 5 de la Constitución), aunque la ley sea defectuosa o incompleta (artículo 139, inciso 8 de la Constitución). Esto implica que los jueces tiene el deber de resolver conforme a derecho, inclusive dejando sin efectos sentencias emitidas en última y definitiva instancia o grado, si es que dichas sentencias contienen vicios gravísimos e insubsanables”.

83 Henry Sanabria Santos, Nulidades en el Proceso Civil, Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, abril del 2011, pp. 459

84 Sergio Gabriel Torres, o. cit., pp. 81

IV.- IMPORTANCIA Y RELACIÓN CON LAS OTRAS CLASIFICACIONES

Es trascendental identificar la nulidad procesal insubsanable y repasar sendas características en torno a las clasificaciones de la nulidad procesal resaltadas anteriormente, con lo cual se puede extraer los siguientes aspectos, que consideramos necesarios para precisar el concepto e importancia de la nulidad procesal insubsanable.

- a.- Respecto a la clasificación nulidad procesal intrínseca y nulidad procesal extrínseca, la nulidad procesal insubsanable puede configurar ambos supuestos. La nulidad de cosa juzgada fraudulenta regulada en el artículo 178 del Código Procesal Civil, configura una nulidad intrínseca como también una de naturaleza insubsanable; lo mismo sucede con el emplazamiento defectuoso regulado en el artículo 437 del Código Procesal Civil, que representa una nulidad extrínseca y también insaneable. Debe tenerse en cuenta que mientras la nulidad extrínseca puede ser saneada, en la intrínseca es imposible el saneamiento procesal.
- b.- Respecto a la clasificación nulidad procesal absoluta y nulidad procesal relativa, la nulidad procesal insubsanable tiene conexión con la nulidad absoluta, sin llegar a identificarse. El aspecto de conexión central consiste en que ambas se configuran por vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales, pero la insubsanable se extiende a otros aspectos; es cierto que existen otros aspectos coincidentes como por ejemplo la intensidad del defecto y quién puede advertirlo, pero estas son características que no determinan la diferencia. La nulidad procesal insubsanable no tiene relación con la nulidad relativa, no necesita para describirse ser considerada como regla general o excepcional, lo que sí es importante para la nulidad relativa y su relación con la nulidad procesal absoluta, en tanto aquella es la regla general y por el principio de conservación del acto procesal puede sanarse.
- c.- Respecto a la clasificación nulidad procesal de oficio y nulidad procesal a pedido de parte, la nulidad procesal insubsanable está relacionada con ambas, pues debe ser declarada por el juzgador de oficio, sin perjuicio que las partes a través de la nulidad a pedido de parte puedan advertir al juzgador del defecto insaneable, si aún no ha sido descubierto.

- d.- Con relación a la clasificación nulidad procesal expresa y nulidad procesal implícita o virtual, la nulidad procesal insubsanable se vincula con ambas, en tanto puede verificarse ante un supuesto preciso e identificado por la ley, como por ejemplo la configuración del artículo 437 del Código Procesal Civil (emplazamiento defectuoso) o del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil (el juez debe dirigir personalmente la audiencia), en los cuales la ley establece expresamente la consecuencia de nulidad, por ende la ley ha establecido la magnitud de la deficiencia; así como la nulidad procesal insubsanable está relacionada con la nulidad implícita, cuando se refiere a la vulneración de garantías fundamentales, derechos constitucionales, el derecho al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y la prohibición de generar indefensión, o la vulneración de normas imperativas de interés público de nivel normativo legal, como por ejemplo las relacionadas con los presupuestos procesales.
- e.- Con relación a la clasificación nulidad procesal total y nulidad procesal parcial, la nulidad procesal insubsanable se relacionada con ambas; por ejemplo si se descubre que un juez no dirige personalmente la audiencia de pruebas, toda la audiencia es nula; por otro lado si la audiencia de pruebas se suspendió y se continuó en otra ocasión sin dirección personal por el juez, pero también luego se enviaron oficios a otro entes y se proveyeron escritos, se expidieron resoluciones, solamente debe anularse la audiencia realizada en dos momentos sin conducción por el juez, más no los oficios y las resoluciones mediante las cuales se proveyeron los escritos de las partes, siempre que no guarden relación con la audiencia; porque la deficiencia incurrida, no les alcanza, no existe comunicabilidad.

CONCLUSIONES

- 1.- La clasificación de una institución parte desde una perspectiva didáctica, que no pretende ser absoluta o contener la verdad, siendo útil e importante clasificar porque surgen importantes aspectos del tema investigado, surgen similitudes, diferencias y características factibles de ser profundizadas en la investigación.

- 2.- La clasificación de la nulidad procesal permite identificar aspectos trascendentales del instituto y ligarlos con otros temas dentro de la institución e incluso dentro del derecho procesal, lo cual permite que la nulidad procesal adquiera un concepto preciso, se revitalice y se aprecie en interacción con otras instituciones; reafirmandose que la nulidad procesal es una institución procesal especial, con concepto único; la clasificación permite o facilita dicho concepto único.
- 3.- Existen diversas clasificaciones en torno a la nulidad procesal, para el presente trabajo se han tenido en cuenta algunas, identificando aspectos específicos en torno a cada clasificación, pero concluyendo que cada clasificación se interrelaciona. En efecto, conforme al tema desarrollado hemos interrelacionado la nulidad procesal insubsanable con las diferentes clasificaciones desarrolladas.
- 4.- La nulidad procesal insubsanable se verifica cuando el defecto o deficiencia no es pasible de ser saneada, por ende imposible de ser subsanada o convalidada, es decir estamos ante un defecto insaneable. El aspecto descrito identifica y es el aspecto central de la nulidad procesal insubsanable, representa su primera y principal característica. La nulidad procesal insubsanable se encuentra fuera del marco de influencia del principio de saneamiento procesal. El juzgador debe agotar todos los medios legales para sanear la deficiencia, en tanto la nulidad procesal es excepcional.
- 5.- Luego de haber precisado el ámbito de la nulidad procesal insubsanable, individualizada e identificada como distinta, referida a la imposibilidad de sanear la deficiencia, se establecen las siguientes características de la nulidad insaneable: a.- la deficiencia afecta una norma procesal imperativa o de orden público, lo cual comprende afectaciones de nivel constitucional y de nivel normativo legal; b.- la intensidad de la deficiencia es extrema, el defecto debe ser grave; c.- puede declararse en cualquier grado y estado del proceso; d.- el juzgador debe declararla de oficio, o a pedido de parte.
- 6.- La nulidad procesal insubsanable se configura: a.- ante la vulneración de una norma procesal de carácter imperativo que no puede sanearse,

renunciarse o disponerse, dentro de lo cual se encuentra no satisfacer los requisitos esenciales del acto jurídico procesal, el incumplimiento de los presupuestos procesales, la vulneración de normas procesales referidas a la constitución y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales; b.- cuando se verifica la nulidad procesal intrínseca que no puede sanearse, por ejemplo la ocurrencia de dolo procesal, de fraude procesal, o cuando se configuran vicios de la voluntad, como la violencia, la intimidación en el proceso; asimismo la simulación en el proceso, todo estrictamente sujeto a normas procesales y no al régimen del derecho sustantivo o civil, que no es el aplicable; c.- la vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales.

- 7.- La nulidad procesal insubsanable y la nulidad procesal absoluta son distintas; la primera se caracteriza porque es una nulidad insaneable, no opera el saneamiento procesal; en cambio la segunda se caracteriza porque existe vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales. En la clasificación nulidad procesal insubsanable y la subsanable, está presente el principio de saneamiento procesal y no es necesario establecer que una representa regla general y la otra especial; en cambio en la clasificación nulidad procesal absoluta y la relativa está presente el principio de conservación del acto procesal, y en atención a su aplicación la nulidad procesal relativa es la regla general, porque debe apostarse siempre por el mantenimiento del proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABAL OLIÚ, Alejandro. Derecho Procesal. Tomo III. Segunda Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo - Uruguay, agosto del 2004.
- AGUIRRE GODOY, Mario. Las nulidades procesales en el sistema guatemalteco, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” año VIII, N° 22-23. Número especial: Estudios de Derecho Procesal en honor a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, enero-agosto 1975.
- ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial. Tomo I. Parte General. Segunda edición. Ediar Sociedad Anónima Editores. Buenos Aires, 1956.

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Presupuestos de la Nulidad Procesal, en “Revista Jurídica Argentina La Ley” 1986-C.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. Séptima Edición. Lima – Perú, 1981.
- ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Alcances sobre el tema de la nulidad procesal, en “Ius et Veritas” año VI, N° 11. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1995.
- AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Quinta edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.
- BACRE, Aldo. Teoría General del Proceso. Tomo III. Abeledo - Perrot S.A. Buenos Aires - Argentina 1992.
- BERIZONCE, Roberto Omar. La Nulidad en el Proceso. Editora Platense. La Plata, 1967.
- BERIZONCE, Roberto Omar. Nulidades absolutas por defectuosa o irregular constitución del tribunal (A propósito del régimen de subrogancias de los magistrados), en “Revista de Derecho Procesal 2007-1”. Nulidades. Primera edición. Roland Arazi director. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2007.
- BINDER, Alberto M. El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina 2000.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. Compendio de Derecho Procesal. Primera edición. Humanitas Centro de Investigación y Posgrado. México DF, 1989.
- CAMUSSO, Jorge P. Nulidades Procesales. Segunda edición, corregida y actualizada. Ediar, 1983.
- CASCO PAGANO, Hernán. Nulidades Procesales Civiles, en “Revista U.N.A 2009”. Universidad Nacional de Asunción. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Paraguay - Asunción, 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 6. Harla S.A. México D.F., 1997.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe-Argentina, 1998.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan. Los Actos Procesales. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, marzo 1997.
- CONDORELLI, Epifanio J. L. Presupuestos de la Nulidad Procesal. En Estudios de Nulidades Procesales. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, 1980.

- COUTURE, Eduardo J. La Acción Revocatoria de la Cosa Juzgada Fraudulenta, en “Revista Jurídica Argentina La Ley” Tomo 16, octubre - noviembre – diciembre, 1939.
- COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición (póstuma). Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1958.
- CREUS, Carlos. Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia. 2º edición, actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- DE SANTO, Víctor. Nulidades Procesales. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Fraude Procesal, sus características, configuración legal y represión, en “Estudios de Derecho” volumen XXIX, número 77. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquía. Medellín - Colombia 1970.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Tomo II. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1985.
- DÍEZ-PICASSO, LUIS y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Décima edición. Segunda reimpresión. Editorial Tecnos. Madrid, España, 2002.
- ESCLAPEZ, Julio H. La Nulidad Procesal y sus Proyecciones, en “Jurisprudencia Argentina” julio-agosto-setiembre, 1948-III.
- FERREYRA DE LA RÚA, Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina. Nulidad procesal y saneamiento, en “Revista de Derecho Procesal 2007-1”. Nulidades. Primera edición. Roland Arazi director. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2007.
- FLORIÁN, Eugene. Elementos de derecho procesal penal. Traducción de L. Prieto Castro. Serie Clásicos del derecho procesal penal. Editorial Jurídica Universitaria. México 2001.
- GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe. La inexistencia en el proceso civil: un análisis crítico, en “Revista Ius et Praxis” Año 23, número 1. Universidad de Talca. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2017.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Derecho Procesal Civil. Tomo I, volumen 2. Ediar Sociedad Anónima Editora. Buenos Aires, 1992.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Elementos de Derecho Procesal Civil. Primera edición. Ediar Sociedad Anónima Editora. Buenos Aires, 2005.
- GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. Derecho Procesal Civil. Tomo Primero. Quinta edición. Civitas Ediciones S.L. Madrid, 2002.

- LAMA MORE, Héctor. Conservación de los actos procesales, en “Actualidad Jurídica” Tomo 171, febrero 2008.
- LEDESMA, Ángela Ester. Nulidades Procesales, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 8. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fé-Argentina, 1995.
- LICINIO SCELZI, José. Procedimiento Penal: de las nulidades en general y de las absolutas en particular, en “Prudentia Iuris” N° 50. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, agosto 1999.
- MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte General. Actos procesales. Primera edición. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 2011.
- MARTÍNEZ, Oscar J. Los vicios del consentimiento en la realización del acto procesal. En Estudios de Nulidades Procesales. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, 1980.
- MARTÍNEZ FLORES, Héctor. Las Nulidades Procesales, en “Revista Jurídica Magistri et Doctores” Año VIII, N° 02. Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, diciembre del 2002.
- MAURINO, Alberto Luis. Nulidades Procesales. Tercera reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992.
- MENDONÇA, Juan Carlos. Nulidades Procesales Civiles, en “Revista del Colegio de Abogados de La Plata” Tomo IX, N° 17, setiembre - diciembre 1966.
- MORELLO, Augusto Mario. Las Nulidades Procesales. Hacia una interpretación dinámica funcional. En Estudios de Nulidades Procesales. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina, 1980.
- NAKASAKI SERVIGÓN, César Augusto. La garantía de la defensa procesal: Defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión. En Libro Homenaje Facultad de Derecho. Primera edición. Universidad de Lima. Fondo Editorial. Lima-Perú, 2006.
- OTERO LATHROP, Miguel. Apreciaciones generales sobre la validez de los actos procesales y el debido proceso, en Nuevos Paradigmas del Derecho Procesal. Primera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinadores Carina Gómez Fröde y Marco Ernesto Briseño García Carrillo. México, junio de 2016.
- PALACIO, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. Décimo séptima edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2003.

- PALOMARES, Miguel Ángel. Nulidades Procesales Civiles, en “Revista Jurídica” N° 21. Tucumán - Argentina, 1970.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús. Constitución y Poder Judicial. Segunda edición. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona 2015.
- PESSOA, Nelson R. La Nulidad en el Proceso Penal. Estudio de los “Silencios Normativos Aparentes”. Tercera edición ampliada y actualizada. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe, 2013.
- PEYRANO, Jorge W. Principios en materia de nulidades parciales de resoluciones judiciales. En la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo V. Juez y Sentencia Constitucional. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores). Primera edición. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Marcial Pons. México, 2008.
- PEYRANO, Jorge W. Vicios que pueden generar nulidades procesales, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 8. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fé - Argentina, 1995.
- PODETTI, Ramiro. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de los actos procesales. Tomo II. Ediar, sociedad anónima editores. Buenos Aires 1955.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera edición, ampliada y corregida. Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia, 2000.
- RODRÍGUEZ, Luis Armando. Nulidades Procesales. Segunda edición aumentada y actualizada. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1994.
- SALAS VIVALDI, Julio E. La Subsanación del Acto Procesal irregular (Su renuncia, renovación, convalidación, rectificación y ratificación. La renuncia de la Nulidad Procesal), en “Revista de Derecho” N° 183, Año LVI. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, enero – junio 1988.
- SALAS VIVALDI, Julio E. Los incidentes y en especial el de Nulidad Procesal. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, junio 1989.
- SANABRIA SANTOS, Henry. Comentarios sobre el nuevo régimen de nulidades en el Código General del Proceso, en XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre. Primera edición. Bogotá-Colombia, setiembre 2012.

- SANABRIA SANTOS, Henry. Nulidades en el Proceso Civil. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, abril del 2011.
- SÁNCHEZ HERRERA, Esiquidio Manuel. Las nulidades en materia disciplinaria. En Lecciones de Derecho Disciplinario, volumen I. Obra Colectiva. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá DC, Colombia, noviembre del 2006.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004. Primera Edición. Perú, noviembre 2015.
- SATTA, Salvatore. Manual de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando De La Rúa. Ediciones Jurídicas Europa-América EJEA, Buenos Aires, 1971.
- SERRANO HOYO, Gregorio. Formalismo y tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en “Anuario de la Facultad de Derecho” número 10. Universidad de Extremadura, 1992.
- TICONA POSTIGO, Víctor. El Derecho al debido proceso en el proceso civil. Doctrina, legislación, jurisprudencia. Segunda edición. Editora Jurídica Grijley. Lima – Perú, 2009.
- TORRES, Sergio Gabriel. Nulidades en el Proceso Penal. Segunda edición ampliada y actualizada. Ad Hoc SRL. Buenos Aires, Argentina, setiembre 1993.
- VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Editorial Temis S.A. Santa Fé de Bogotá - Colombia, 1999.
- ZAVALETA RODRÍGUEZ, Róger E. El laberinto de las nulidades procesales, en “Derecho y Sociedad” número 15. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
- ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. Las Nulidades Procesales en el Derecho Comparado, en Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas. Tomo II. Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1988.
- ZUMAETA MUÑOZ, Pedro Pablo. La Nulidad Procesal, en “Ágora Revista de Derecho” Años III-IV, N° 3 y 4, julio 2002-2004. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima, agosto del 2004.