

# Presupuestos de la nulidad procesal

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

## I. Introducción

1. Comenzar el tratamiento del tema relativo a las nulidades procesales implica adentrarse en una de las zonas más grises, difíciles y controvertidas no sólo del derecho en general sino también del derecho procesal en particular.

Y es que el **derecho procesal** es un conjunto de normas que regulan la función jurisdiccional del Estado, la cual sólo puede cumplirse con motivo o luego de un **proceso**.

En su estructura íntima, todo proceso está constituido por una serie de actos que realizan las partes, el juez y ciertos terceros y que, por tener efectos estrictamente limitados a su ámbito interno, reciben el nombre de **actos procesales**.

El acto procesal se diferencia del acto jurídico en general pues, como se ha dicho, tiene vida y eficacia sólo dentro del proceso en el cual se lo ejecuta y su finalidad no es producir efectos externos sino posibilitar el dictado de la sentencia que ha de heterocomponer el litigio.

Esta distinción permite efectar dos afirmaciones liminares:

a) Como luego se verá, la particular característica del acto procesal hace que no se le apliquen las normas que regulan la nulidad civil. No obstante, al procesalista le sirve de mucho la teoría general que con tanto esfuerzo, tiempo y disidencias conceptuales se ha construido sobre el tema;

b) Corresponde a la propia ley procesal la regulación del instituto.

2. Para mejor comprender lo expuesto, cabe recordar que aún contando con antiguo y vulgar desprestigio todo lo que huele a **formalismo** (porque ello lleva rápidamente al **formulismo**) el proceso debe ser —y de hecho lo es— **formalista**. No puede ser de otra manera, ya que sólo

la **forma** (latamente concebida) es lo que permite mantener el orden mínimo que se requiere para asegurar la vigencia de dos valores de la mayor importancia para la pacífica convivencia de los hombres: la certeza y la seguridad jurídicas. Utilizando frase de Montesquieu, "la forma es la condición necesaria para la certeza y el precio de la seguridad jurídica".

Por supuesto, esta exacta idea no puede generar un formalismo extremo, del cual debe huir el legislador pues a menudo crea un abismo insondable entre el proceso y la realidad de la vida. Pero no puede negarse seriamente que debe respetar e imponer un **mínimo de formas** en orden a la naturaleza del derecho en general y, muy especialmente, de los actos procesales.

3. Ya se puede colegir que, respecto de las formas del proceso, existen dos sistemas antagónicos: el de la **plena libertad** y el de la **formalidad preestablecida** (legal, judicial o convencionalmente).

En procura de un mayor acercamiento al valor justicia, las distintas legislaciones se inclinan por el **principio de legalidad**, aunque a veces atenuado ligeramente al permitirse contemporáneamente algunas libertades en ciertos casos.

En esta tesitura, **la ley describe a priori** un acto determinado, fijándolo como **patrón** para que sigan su modelo todos los que se realicen en un proceso dado.

De tal modo, siempre que el patrón legal se respeta se dice que el acto realizado conforme a él es **regular**, en tanto que es **irregular** (o defectuoso o viciado) en caso contrario.

Varias pueden ser las **irregularidades**: las que afectan la validez del acto, o su admisibilidad, o su eficacia o su fundabilidad. Sin perjuicio de destacar marginalmente la estrecha vinculación que existe entre eficacia y validez, vamos a ocuparnos de esta última y, consecuentemente, de su contrapartida: la **nulidad**.

4. Para intentar una aproximación al concepto de nulidad resulta conveniente conocer de modo previo cuál es la **estructura interna** de todo acto, pues se acepta doctrinalmente —aunque con discrepancias— que cuando la ley habla de "inobservancia de las formas de un acto", en rigor comprende algo más que la pura forma: la propia estructura.

Así, resulta menester descomponer el acto en sus tres elementos posibles: el sujeto que lo realiza, el objeto sobre el cual versa y la actividad que necesariamente se efectúa.

a) El elemento **sujetos** permite analizar respecto de todas las posibles personas que actúan procesalmente, su aptitud (capacidad y legitimación para obrar) y voluntad de actuar.

b) El elemento **objeto** permite estudiar la idoneidad del acto para producir efectos (eficacia), su posibilidad jurídica, su moralidad y, en particular, la correspondencia que debe existir entre el contenido y la forma.

c) El elemento **actividad cumplida** permite analizar el cómo, dónde y cuándo se realiza. Es decir, la forma, el tiempo y el lugar donde el acto se cumple.

#### 5. Ciertas aclaraciones se imponen antes de continuar:

a) La mayoría de los autores no aceptan la inclusión del estudio de la voluntariedad del acto y sus implicaciones en el tema propio de las nulidades procesales. Así, se hallan contestes en que los vicios de la voluntad, en general, no son computables respecto de los actos procesales en la determinación de su validez. Sin embargo, existe importante corriente disidente tanto en doctrina como en legislación: así, hay autores que aceptan la consideración de ciertos vicios y no la de otros (vgr.: sí el dolo y el fraude; no el error de hecho). A su turno, alguna legislación (cual es el caso de España) norma la nulidad de todos los actos judiciales practicados bajo intimidación o fuerza, disponiendo que los jueces que hubiesen cedido a ellas, tan luego se vean libres, declaren nulo todo lo practicado y promuevan al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables.

b) Aunque la palabra "acto" supone actividad, se destaca muy especialmente que, cuando se la designa, también se implica la **inactividad** u omisión de actuar, pues ello hace a la esencia del sistema preclusivo que consagran casi todas las legislaciones y que supone que un acto es precedente del que le sigue y consecuente de su anterior.

6. Civilmente, existen distintos matices de nulidad (o de anulabilidad) y, por ende, de sanciones (utilizando la palabra en su sentido más lato):

a) el acto absolutamente irregular es absolutamente ineficaz;

b) el acto gravemente irregular es gravemente ineficaz;

c) el acto levemente irregular es levemente ineficaz.

Estos tres grados de ineficacia permiten distinguir lógicamente tres categorías diferentes: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad.

Es **acto inexistente** el que no es. Como tal, no puede ser convalidado ni requiere ser invalidado.

Es **acto absolutamente nulo** el que, teniendo la condición de acto jurídico, se halla afectado de modo grave: como tal, no puede ser convalidado pero requiere ser invalidado.

Es **acto anulable** el que, teniendo la condición de acto jurídico, se halla levemente afectado: como tal, puede ser convalidado y admite ser invalidado.

Tal vez porque estas categorías lógicas no se admiten desde una óptica puramente fenoménica; o porque aún se halla seria y fundamentadamente discutida la clasificación de "acto inexistente"; o, finalmente, porque aunque jurídicamente no se requiera su invalidación, siempre se exigirá un proceso para comprobar la alegada inexistencia, los distintos ordenamientos adoptan al respecto una posición omnicompreensiva de las categorías "inexistencia" y "nulidad absoluta".

Mas no para allí el problema: ya que el principal efecto de toda sentencia en su carácter de "cosa juzgada", que impide discutir útilmente en nuevo proceso lo ya decidido jurisdiccionalmente, desde la óptica procesal cabe hacer ahora importante acotación: ante la existencia de tal efecto y en aras de evitar la socialmente perjudicial proliferación de pleitos, deben ceder todas las posibles y eventuales nulidades parciales emergentes del proceso ya terminado.

Obviamente, esta solución —que hace a la política más que a la técnica procesal— conlleva que la cosa juzgada purgue cualquiera nulidad, aún las llamadas absolutas o de orden público (1).

Esta especial característica del proceso, en el cual priva la valía del principio de la cosa juzgada por sobre la disvalía de la nulidad absoluta, hace que —de hecho— todo defecto procesal sea de carácter relativo (o anulable). Ello se ve claramente en los distintos ordenamientos procedimentales que adoptan, expresa o implícitamente, una posición **unitaria** al respecto: bajo el rótulo de "violación de las formas" o "nulidad" o "inobservancia" o "anulación de los actos procesales", norman la declaración de invalidez (o ineficacia) de **todas las categorías** antes mencionadas.

Hemos hecho referencia a nulidades o vicios parciales pues, a 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 de proceso declarativo (2).

1. Esta es la solución expresa de CPC Santa Fe, 128: "La irregularidad de un acto o procedimiento quedará subsanada: ... La nulidad de orden público queda purgada con la cosa juzgada".
2. Esta es la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido "Campbell Davidson contra Provincia de Buenos Aires". CPC Venezuela, 729, dispone ejemplarmente: "Son causas para la invalidación de los juicios: 1) El error o fraude cometido en la citación para la litis contestación, confundiendo a la persona en cuyos bienes trate de ejecutarse la sentencia, con un tercero a quien se haya hecho la citación, tengan o no ambos el mismo nombre y apellido, siempre que la diversidad de las dos personas resulte comprobada plena y auténticamente, y que no se haya citado a la reclamante para ningún acto en el curso del juicio. 2) La citación para la litis con-

Ya es hora de intentar un acercamiento a la **definición de nulidad**: es la sanción (se repite que el vocablo se utiliza con una significación muy genérica) que priva de efectos (eficacia) a un acto procesal en cuya estructura no se han guardado los elementos ejemplares del modelo, en tanto ellos constituyen garantías de los derechos justiciables. De tal modo, la sanción opera no sólo respecto de la simple exteriorización del acto (forma propiamente dicha) sino también en cuanto a sus demás elementos.

7. Corresponde ahora establecer cuáles son los **presupuestos** de la declaración de nulidad. Pero antes se impone la delimitación semántica del vocablo presupuesto: pre-supuesto es un supuesto previo, un antecedente necesario para que algo pueda ocurrir.

Dos sistemas antagónicos regulan el tema:

- a) El que detalla en inventario exhaustivo (y generalmente taxativo) el posible elenco de casos sancionables (3) y
- b) El que se concreta a establecer principios generales en los cuales debe encuadrar el juez cada caso concreto (4).

Ambos, con obvias y numerosas ventajas e inconvenientes que no es del caso explicar ahora.

El análisis de los principios (o presupuestos) comúnmente aceptados y contenidos hoy en las distintas legislaciones argentinas (aunque con diferentes modalidades) es el objeto de esta exposición.

## II. Los presupuestos

8. Y ya comenzamos su explicación:

- a) En primer lugar, para la declaración de nulidad se requiere la **existencia de un acto irregular** (con un vicio de mayor o menor entidad, conforme las categorías antes explicadas) que se halle inserto en un proceso.

testación de menor, entredicho, inhabilitado o mujer casada, en el concepto de ser mayores-hábiles. 3) La falsedad del instrumento en virtud del cual se haya pronunciado la sentencia. 4) La retención en poder de la parte contraria de instrumento decisivo en favor de la acción o excepción del reclamante; o acto de la parte contraria que haya impedido la presentación oportuna de tal instrumento decisivo. 5) La colisión de la sentencia con otra pasada en autoridad de cosa juzgada, pronunciada entre las mismas partes o sus causantes, y sobre el mismo objeto, siempre que por no haberse tenido conocimiento de la primera, no se hubiere alegado en el juicio la cosa juzgada. 6) La decisión de la causa en última instancia por juez que no haya tenido nombramiento de tal o por juez que haya sabido estar depuesto o suspenso por decreto legal o por juez que no haya asistido a la relación o informes".

3. Este es el sistema que, con mayor o menor amplitud, adoptan los Códigos de Bolivia, 254; Brasil, 243; Colombia, 152; Costa Rica, 374; Chile, 768; Guatemala, 622; Panamá, 778; Perú, 1085 y Uruguay, 676.

4. Respecto de cada presupuesto en particular se mencionan en nota los ordenamientos legales que los consagran.

b) En segundo término, se requiere la **existencia de sanción de nulidad específicamente prevista en la ley.**

En un sistema esencialmente formalista, resulta razonable que la propia ley sancione el apartamiento del modelo por ella establecido. Por supuesto, no siempre fue así: la Ordenanza francesa de 1667 facultaba a los jueces para declarar o rehusar nulidades según las circunstancias. Ello degeneró en abuso y, por ende, en arbitrariedad judicial, contra la cual reaccionó la Revolución Francesa: su conocida y característica idea de omnipotencia legislativa hizo que plasmara la reacción en norma positiva que luego pasó a casi todas las legislaciones que consagran el sistema: no existe sanción sin texto legal que específicamente la consagre. Y de aquí el nombre del principio: ESPECIFICIDAD que, resulta obvio, debe ser de interpretación estricta (5).

Aunque el sistema así instrumentado implicaba una indudable conquista, en los términos planteados ofrecía serios inconvenientes: no siempre resultaba posible que el legislador previera a priori todos los posibles casos sancionables, con lo cual quedaban fuera de todo factibilidad nulificatoria muchos supuestos en los cuales ella no debía obviarse. De ahí que fue necesario consagrar otro principio que recibió el nombre de **nulidad virtual**, mediante el cual se equiparó toda cláusula prohibitiva de la ley a la previsión por ella expresa de nulidad (6).

De tal forma, y desde entonces, el quebrantamiento de la prohibición legal trae aparejada la posibilidad de anular el acto respectivo.

Aún así, el principio es de extrema dureza, pues posibilita inútiles declaraciones de nulidad que a nada conducen y obvia casos en los cuales puede estar resentido el derecho de defensa, con lo cual el sistema todo puede ser tachado de formulista.

Así es como, desde antaño, el principio se atenúa, primero doctrinal y luego legislativamente, mediante la introducción al sistema de dos importantes variantes: el principio del finalismo y el de la trascendencia.

El **principio del finalismo** enseña que aun cuando no exista previsión de sanción en la ley, basta que el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables o esenciales en orden a la obtención de su fin, para que se considere que el juez se halla facultado sin más para declarar la nulidad (7).

5. El principio de especificidad se halla legislado en Código Procesal de la Nación, 169: "Ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esa sanción". Igualmente, los Códigos de Santa Fe, 124; Bolivia, 251; México, 74; Panamá, 777 y Venezuela, 229.

6. El principio de la nulidad virtual está expresamente sancionado en el Código de Santa Fe, 124.

7. El principio del finalismo está legislado en el Código Procesal de la Nación, 169: "Sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad". Igualmente en los Códigos de Santa Fe, 124; Córdoba, 1271; Brasil, 244; México, 74; Venezuela, 229.

Esta atenuación, que también es de interpretación estricta, otorga al sistema un grado necesario de flexibilidad que le permite escapar de los excesivos rigores del formalismo extremo (en esencia, se trata de una simple aplicación extensiva del principio de libertad de las formas). Su aplicación práctica permite afirmar que la forma no es buena sólo por estar consagrada en la ley sino por su aptitud para lograr el fin al cual está dirigido. En otras palabras, se trata de conocer al árbol por su fruto, de subordinar el medio al fin.

c) En tercer lugar, **debe existir un interés jurídico protegible con fundamento en que el acto ocasiona perjuicio o alguna de las partes.**

Y es que la aplicación estricta del principio de especificidad en su formulación originaria permitía mantener la sanción de nulidad para muchas formalidades reconocidamente inútiles, llegándose a declarar la nulidad por la nulidad misma, con desconocimiento de la verdadera función de las normas procesales.

Por ello, en la tesitura de escapar al ritualismo, ya desde el derecho francés no se acepta la declaración de nulidad en el exclusivo beneficio de la ley. De tal modo, se exige que el acto que se reputa nulo ocasione a quien tal cosa sostiene un concreto perjuicio de indefensión. Congruente con ello, cuando el interesado propone la nulidad debe invocar concretamente la causa que la ocasiona y los hechos en los cuales ella se funda, exponiendo al mismo tiempo las razones que permitan concluir que, por el vicio procesal, quien deduce la nulidad ha quedado efectivamente privado del ejercicio de una facultad o que no ha podido cumplirla cuando era pertinente.

Este principio exige que la nulidad sea trascendente y, por eso, recibe el nombre de TRASCENDENCIA (8).

d) En cuarto término, **debe mediar petición de parte** (9).

Este presupuesto merece especial atención, porque es aquí donde se pone de relieve la importancia de la afirmación referida a que no se aplica en el derecho procesal la conocida clasificación de nulidades absolutas y relativas.

La doctrina equipara desde antaño estas categorías con los distintos intereses que pueden hallarse en juego. Y así, se dice que la nulidad absoluta es de orden público y, por ende, incontestable, en tanto que la relativa es de mero interés privado y, por ello, convalidable.

8. El principio de trascendencia está consagrada en el Código Procesal de la Nación, 172: "Quien promoviere el incidente deberá expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer". Igualmente, en los Códigos de Santa Fe, 126; Brasil, 249, 1); Colombia, 155; Ecuador, 377; Panamá 788.
9. El Código Procesal de la Nación exige la petición de parte en su art. 172. Igualmente, los Códigos de Santa Fe, 125 y Venezuela, 233.

Quienes así lo hacen, efectúan su afirmación desde la óptica exclusiva del proceso civil y sin aclarar debidamente cuándo opera una nulidad absoluta en el proceso, dejando de lado el penal, cuya esencia responde a otros principios de indudable raigambre constitucional.

Colocando el tema en la mira de una teoría general del proceso y, por tanto, computando al efecto sus diversas ramas, parece conveniente dejar de lado —por confusa e inservible a estos efectos— la distinción entre nulidad absoluta y relativa, trocándola por otra que puede resultar más clara para el intérprete: nulidad declarable sólo a petición de parte y nulidad que también puede (o debe) declararse de oficio por el juez.

En el orden civil, en el cual se tiene en cuenta preponderantemente el interés meramente privado en litigio, es lógico que se necesite la petición de parte como presupuesto de la declaración de nulidad, pues el juez no debe actuar de oficio salvo que exista caso de auténtica indefensión.

Sin embargo esta última afirmación también es relativa pues sobre la voluntad del juez (en rigor, de la ley) priva la del propio interesado: su consentimiento expreso o tácito a un acto obviamente anulable, imposibilita toda actuación oficiosa.

En el orden penal, el interés en juego es por completo diferente: la vida misma y la libertad del reo. Y aquí, conforme expresas garantías que consagra la Constitución, ningún vicio es subsanable cuando el mismo no permite que el acto defectuoso obtenga su finalidad, por lo cual todas las partes pueden impetrar útilmente su anulación o el juez suplirla de oficio, ambos en cualquier estado y grado del proceso.

Efectuada esta aclaración, y retornando al campo del proceso civil, fácil resulta comprender el porqué de la inclusión de este presupuesto en nuestro esquema.

Hasta aquí hemos mencionado los principios que pueden considerarse como positivos. Veremos seguidamente los negativos.

e) En un proceso concebido según la regla moral, no puede permitirse ni apañarse la añazaga o la arteria. De ahí que parece razonable sostener lógicamente que, por aplicación del principio de probidad y de elementales reglas de buena fe, no debe alegar la nulidad aquél cuya actuación concurrió a cometer el vicio o que sabía o debía saber su existencia. Con ello, **se trata de proteger la validez del acto, acordando legitimación para impetrar la nulidad sólo a la parte a quien no se puede imputar su comisión viciosa.** Este principio recibe el nombre de PROTECCION (10).

10. El principio de protección se halla consagrado en el Código Procesal de la Nación, 171: "La parte que hubiera dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado". Igualmente en los Códigos de Santa Fe, 127; Brasil, 243; Colombia, 155; Guatemala, 614; México, 74 y 75; Panamá, 788; Venezuela, 233.

f) El siguiente presupuesto negativo es el de la SUBSANACION, que implica la posibilidad de reparar o remediar el defecto que vicia el acto (11).

La subsanación puede efectuarse —latamente— de diversas maneras:

1º) **actuando el interesado de conformidad con el acto viciado.** Parece totalmente irrelevante sostener la posibilidad nulificatoria si quien podía quejarse al respecto no sólo no lo hizo sino que, antes bien, cumplió una determinada y concreta conducta en acatamiento a lo dispuesto o actuado con vicio.

2º) **produciendo el interesado un nuevo acto que confirma o ratifica el acto anulable.**

3º) **atendiendo que el principio del finalismo ya antes citado implica la prevalencia del resultado sobre el medio que debe emplearse para alcanzarlo, un acto defectuoso no debe ser declarado nulo cuando, no obstante su desajuste con el patrón contenido en la norma, ha cumplido acabadamente con su finalidad** (piénsese, por ejemplo, en una cédula de notificación con irregularidades y que, al llegar a manos del interesado, le permite enterarse cabalmente de lo que se le debía noticiar en el caso. Qué sentido sino un puro e irracional apego a un absurdo formalismo tendría declarar la nulidad por el vicio de forma?).

Como se ve, esta idea de la obtención de la finalidad del acto no hace al concepto de nulidad sino al de utilidad de su declaración.

4º) **teniendo en cuenta la utilidad que produce la anulación, ella no procede cuando es indiferente a los fines del proceso.** Aunque en rigor no constituye un supuesto de subsanación, algunas legislaciones subsumen el caso en este título.

5º) aunque tampoco se trata técnicamente de un supuesto de subsanación, se incluye entre ellos a la **sustitución del acto vicioso**, consistente en su repetición con caracteres de regularidad.

11. En alguna de sus variantes, el principio de subsanación se halla legislado en el Código Procesal de la Nación, 169: "No se podrá declarar la nulidad, aún en los casos mencionados en los párrafos precedentes, si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado". Id, 170: "La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido aunque fuera tácitamente, por la parte interesada en la declaración. Se entenderá que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto". Similarmente los Códigos de Brasil, 245; Colombia, 156; Ecuador, 377; Guatemala, 614; México, 76 y 77; Paraguay, 241; Perú, 1086 (consagra expresamente el supuesto de **indiferencia**); Panamá, 789 y 794; Uruguay, 673; Venezuela, 233.

6º) igualmente, se opera la subsanación por **revalidación del acto**, lo cual ocurre cuando el interesado, sabedor de la existencia del vicio, lo consiente expresa o tácitamente (en este caso, dejando precluir la oportunidad para impugnarlo por el medio adecuado al efecto que, según los distintos Códigos, puede ser —dentro de la propia instancia— el recurso de reposición o el incidente de nulidad).

Como es obvio, quedan a salvo en este caso los sujetos a quienes la ley protege de su propia incapacidad (Cód. Civil, 1041).

g) Algo más falta aún para llegar a la declaración de nulidad: se trata de un principio que rara vez se halla legislado pero que surge obvio de la naturaleza misma de las cosas y, con mayor razón, en la aplicación del derecho. Partiendo de la base que la nulidad es similar a la nada, elementales razones de seguridad y orden permiten afirmar que toda declaración de nulidad es en sí misma disvaliosa y que sólo cabe llegar a ella en grado extremo y harto comprobado.

De ahí que resulte preservable todo acto procesal y que la declaración de anulación deba reservarse para ser empleada como medio último ante la existencia de una efectiva indefensión. Por eso, **siempre que exista duda en el juez acerca de si cabe o no declarar la nulidad de un acto dado, debe optar por conservar o mantener su validez**. Así nace el principio de CONSERVACION.

h) Por último, **para que un acto sea nulo**, cabe destacar la vigencia de un presupuesto final: la **declaración judicial** pues no hay nulidad procesal sin sentencia que la declare.

9. Para terminar: si se acepta —como puro recurso docente— la factibilidad de formular matemáticamente el juego de los distintos presupuestos positivos y negativos que hemos analizado hasta ahora, podemos sintetizar lo expuesto de la siguiente manera:

