



La declaración jurisdiccional de nulidad en el proceso civil:

Cinco tópicos fundamentales

(The jurisdictional declaration of nullity in civil procedure:
five fundamental topics)

Renzo I. Cavani Brain

Lawyer in Peru. General Coordinator of the Journal “La Ley” (Perú)

Resumen: El artículo busca delimitar algunas cuestiones de gran importancia del fenómeno de la ineficacia procesal, tales como la relación entre vicio y nulidad, la situación de ineficacia, la pervivencia de los actos anulados y la nulidad en el marco del proceso cooperativo.

Abstract: The article intends to delimit some important matters about the phenomenon of the procedure inefficacy, such as the relationship between vice and nullity, the situation of inefficacy, the survival of the overturned acts and the nullity in the framework of the cooperative process.

Palabras-clave: Nulidad, vicio, ineficacia, proceso cooperativo

Keywords: Nullity, vice, inefficacy, cooperative process

I. Introducción

La nulidad procesal es uno de los fenómenos más complejos que presenta no solo la realidad que se vive en la práctica judicial, sino también y principalmente, en el plano de la dogmática procesal. En lo particular, el impacto que produce una declaración jurisdiccional de la nulidad demuestra que la dogmática no puede estar divorciada de su fuente, el mundo de los hechos, ni tampoco este de aquella, pues a partir de ella se provee de una justificación razonable. Bajo esa consigna, en el presente ensayo ofrecemos cinco reflexiones que giran en



torno a la declaración de nulidad procesal pronunciada por el juez que buscan apenas enunciar la complejidad que esta figura presenta en sus múltiples aristas¹.

II. Declaración jurisdiccional de nulidad y deconstitución de los efectos jurídicos. La *situación de ineficacia*

El acto viciado y acto nulo no pueden ser confundidos: ambos tienen diferente origen y forma de producción. El acto viciado surge en el mismo instante en que la forma del acto es inobservada. Por el contrario, el acto nulo, se da solo con un pronunciamiento de invalidez. Es esta última idea la que desarrollaremos en el presente ítem.

Un acto nulo es un acto que ya ha sido anulado, y la única forma que se dé tal situación es a través de un proveimiento del juez. Las partes son incapaces de determinar la nulidad de un acto; podrán hacer cesar los efectos de ciertos actos, pero jamás por causa de algún defecto estructural. En efecto, la nulidad inserta en el marco de un proceso (y más precisamente en la rama del Derecho Público) siempre debe ser declarada, no existe nulidad *ipso iure* o de pleno derecho² –es decir, una situación de ineficacia estructural– sin que medie pronunciamiento alguno. Las razones que motivan este aserto son principalmente dos: i) por consistir en normas

¹ Es necesario advertir que uno de los tópicos fundamentales de la nulidad procesal es su esencia jurídica, cuestión que se reduce básicamente a determinar si esta figura responde al concepto de sanción. Ahora bien, ello no fue abordado aquí porque le dedicamos todo un artículo al tema: Renzo I. CAVANI BRAIN, “Nulidad procesal: ¿es realmente una sanción?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 146, Lima: Gaceta Jurídica, noviembre, 2010, pp. 193-198. Asimismo, sirva esta ocasión para mejorar sustancial y cualitativamente nuestra opinión contenida en un ensayo de largo aliento publicado hace un tiempo: “Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia procesal en el proceso civil peruano”. En: CAVANI BRAIN, Renzo (coord.), *Estudios sobre la nulidad procesal*, Lima: Normas Legales, 2010, pp. 11-158.

² Es por ello que, correctamente, Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6ª ed. revisada y actualizada, v. II, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 605, dice que “no existe nulidad de pleno derecho en el sistema procesal, dada la calificación de este como rama del derecho público. La relación entre Estado e individuo, ejerciendo aquel el poder y estando este en estado de sujeción, impide que la persona haga su propio juicio sobre la regularidad del acto y concluya por mostrarse indiferente a este. Tal decisión, como también ocurre en relación a los actos administrativos nulos, compete siempre a un órgano estatal (Súmula n. 473 STF)”. Es así que el hecho de que no exista nulidad de pleno derecho en disciplinas jurídicas pertenecientes al Derecho Público se debe a que un órgano competente debe declarar la nulidad y, principalmente, que aun un acto afectado del más grave vicio posible también produce efectos (es decir, es eficaz porque tiene aptitud de producirlos y de hecho los produce). Si ello es cierto, la categoría de la nulidad de pleno derecho es una contradicción y no tiene cabida en una teoría de las nulidades.



de interés público, las partes no pueden dilucidar si un acto ha sido anulado o no, siendo preciso que la autoridad señale los efectos de la declaración de ineficacia estructural; ii) el acto viciado produce plenos efectos y es preciso que estos sean suprimidos (*deconstituidos*) por una decisión judicial del juez competente para ello.

Aquí nos encontramos frente a la *situación de ineficacia*. Esta figura describe perfectamente lo que produce la nulidad: un fenómeno en donde los actos procesales eficaces –y que, inclusive, ya produjeron efectos– devienen en ineficaces, en tanto que estos últimos son suprimidos. Esta situación de ineficacia tiene su particularidad en que se produce por la trascendencia de un defecto estructural en uno o más actos procesales (vicio).

Basta imaginar qué ocurriría si las partes o alguna de ellas pudieran determinar por sí solas la nulidad de un acto, o convenir cuándo un acto es nulo (ineficacia estructural). Ello difiere mucho de que las partes puedan denunciar un cierto tipo de vicio y propiciar la nulidad a través del pronunciamiento del juez, lo cual es perfectamente posible pues el ordenamiento jurídico le da oportunidad a la parte legitimada a producir o impedir una nulidad. Sin embargo, la solución en donde la situación de invalidez de un acto o del procedimiento puede ser decidida por las partes o alguna de ellas contraviene el formalismo procesal que debe garantizar seguridad y efectividad, sin tener en cuenta que sustraería al juez de su deber de lograr los objetivos del proceso.

No debe olvidarse que la funcionalidad de la nulidad en el proceso es el reencaminar el procedimiento mal hecho, a fin de que se retorne al cauce previsto legalmente, el cual busca garantizar el adecuado ejercicio de los derechos de las partes. La nulidad, como técnica procesal que es, sirve para alcanzar los fines del proceso y se encuentra a disposición del juez, quien deberá usarla siempre teniendo a estos como norte. Estas consideraciones, aunadas a la excepcionalidad y absoluta residualidad inherente a la nulidad, justifica que su producción sea dada solo por un juez (en el ámbito de un proceso jurisdiccional, claro está).

El juez, al anular un acto, lo que hace no es tan solo declarar la nulidad, sino *eliminar la eficacia y los efectos del acto viciado que ha sido anulado*. No se trata, por lo tanto, de un proveimiento meramente declarativo: mediante la nulidad los efectos que han sido



constituidos desde la creación del acto viciado, se deconstituyen. Esta es la razón por la que buena parte de la doctrina brasileña habla, con razón, no de *declaração*, sino de *decretação*. Por más grave que sea el vicio que aqueje al acto procesal, siempre producirá efectos; de ahí se entiende la necesidad de suprimirlos a través de un pronunciamiento, que no es otro que la nulidad. Si esta fuera una declaración, se estaría reconociendo tácitamente que el acto a ser anulado no produce efectos, por lo cual solo habría que declarar esta situación de ineficacia; sin embargo, ello no así: es imprescindible destruir o deconstituir los efectos producidos por el acto viciado, ergo, *es necesario generar la situación de ineficacia y no simplemente constatarla*³.

Es el juez el único legitimado para decidir cuándo un acto viciado deviene en nulo y cuándo no. Como veremos más adelante, se trata de un verdadero poder-deber (una potestad), pero que está muy parametrado por las exigencias legales y, sobre todo, las constitucionales. La nulidad, por lo tanto, únicamente se manifiesta a través de una declaración jurisdiccional. Solo a través de un pronunciamiento expreso del juez puede un acto ser anulado, invalidado o, más apropiadamente, declarado ineficaz por defectos de su estructura. Antes de la decisión del juez no existe nulidad alguna, tan solo un acto viciado.

III. Pervivencia de los actos invalidados e importancia de la inserción de la nulidad procesal en la ineficacia estructural

Un punto muy sensible es determinar qué sucede con el acto viciado que fue objeto de invalidez. Conforme a lo que venimos sosteniendo, es equivocado afirmar que los actos

³ Este es un pensamiento asentado en la doctrina brasileña, tal como reconoce Fredie DIDIER Jr., “La invalidación de los actos procesales en el proceso civil brasileño”, En: CAVANI BRAIN, Renzo I. (coord.), *Estudios sobre la nulidad procesal*, cit., p. 444 (este artículo es, fundamentalmente, el capítulo sobre invalidez procesal en su *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. I, 12^a ed., Salvador: Jus Podivm, 2010, pp. 269-289). Asimismo, por todos, cfr. José Maria TESHEINER, *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 24 y 25: “No se declaran nulidades, se decretan nulidades. La nulificación no es un juicio descriptivo (declaratorio del defecto); se trata de una decisión en que se aplica la sanción de invalidez, en razón del reconocimiento de la relevancia del defecto del acto jurídico (...)”. Sin embargo, a pesar de estar totalmente de acuerdo con la terminología, nos hemos referido –y seguiremos haciéndolo– a ‘declaración’ para no tener que usar el neologismo ‘decretación’. Por su parte, como se ha visto en el texto, sí consideramos apropiado el uso del neologismo ‘deconstitución’, pues expresa exactamente lo que queremos decir: deconstrucción de los efectos jurídicos producidos por un acto procesal”.



invalidados nunca existieron o que devienen en inexistentes, como podría pensarse. Para que los actos sean viciados deben existir, adecuándose al modelo legal y cumplir con los presupuestos de existencia. Si los actos existen jurídicamente, entonces no hay nada que pueda sustraerles dicha condición. Por tal razón, una situación de ineficacia estructural en ningún caso afecta la existencia del acto, y sí su validez. Es así que vale preguntar lo siguiente: ¿qué significa realmente la invalidación de un acto?

Pensamos que tal afirmación (“actos invalidados”) no es del todo exacta, pues le hace falta una precisión muy importante: que la nulidad opera sobre los efectos del acto, deconstituyéndolos, pero de ninguna manera hace desaparecer, como por arte de magia, el acto viciado que existió y produjo plenos efectos jurídicos. Siendo la nulidad una manifestación de la ineficacia en el proceso, su verdadera funcionalidad práctica reside en eliminar la eficacia y los efectos de los actos que padecen un vicio. Pero adviértase que estos ya gozan de existencia jurídica, y la nulidad no es una declaración de inexistencia, sino de ineficacia estructural. Entonces, los actos viciados *perviven*; lo que se elimina son sus efectos. Por ello, el acto invalidado es un acto existente⁴ pero inválido, lo que a su vez significa que ha sido declarado ineficaz a causa de un defecto estructural (vicio). Los actos objeto de una declaración de nulidad permanecen pero ya no son aptos de producir efectos (salvo que se revoque definitivamente la decisión que los deconstituyó), en tanto que los efectos que produjo se suprimen.

Esta explicación, a nuestro entender, satisface el verdadero fenómeno de la nulidad procesal y, asimismo, justifica plenamente la opción por catalogar a esta categoría como una manifestación de la ineficacia estructural. La nulidad es, por consiguiente, una *declaración de ineficacia* y todo gira en torno a la situación de ineficacia que se genera. Siempre que se habla de invalidez se debe entender que, a fin de cuentas, se habla de una ineficacia que adquiere particularidad porque proviene de un vicio, es decir de un defecto en la conformación del acto procesal.

⁴ De la misma opinión es Julio B. J. MAIER, *Función normativa de la nulidad*, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 141.



IV. Eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad

No deben confundirse los efectos de la declaración de nulidad con los efectos del acto viciado. Este último es plenamente eficaz y, de hecho, produce efectos con prescindencia de la gravedad del defecto que lo aqueja. Por su parte, los efectos de la declaración de nulidad aluden a que, una vez emitida la resolución de invalidez, la deconstitución de los efectos del acto viciado se retrotrae al momento de realización de este, suprimiendo aquellos otros actos que también fueron afectados por el vicio.

La eficacia –como aptitud de generación de efectos– y los efectos propios de la declaración jurisdiccional de nulidad son *ex tunc*. Creemos que este punto es muy claro: la nulidad deconstituye los efectos del acto viciado hacia atrás, en el momento donde se originó el vicio, que siempre ocurre en un tiempo anterior a la declaración de nulidad. No obstante, ello no quiere decir que todos los actos acaecidos desde la creación del acto viciado sean suprimidos, ni tampoco que el íntegro del acto también lo sea.

V. La potestad de anular por parte del juez

El término *potestad nulificante* alude a un poder-deber de nulificar, lo cual se corresponde perfectamente con el hecho que es el juez el único legitimado para deconstituir los efectos de un acto viciado estructuralmente. La potestad nulificante tiene dos elementos intrínsecamente vinculados, que precisamente son el poder y el deber. Ambos apuntan a lo mismo, y hablaremos sobre la forma en que, a nuestro parecer, deben ser conjugados. Comencemos por el último.

i) El juez tiene el deber de declarar la nulidad para que el procedimiento desviado regrese a su curso. Como director del proceso y representante del Estado, es el principal responsable que el proceso cumpla con las finalidades propuestas y de otorgar la técnica procesal más adecuada en la forma más adecuada. Así, la idónea prestación jurisdiccional efectiva está en juego cuando un juez decide si declara o no la nulidad de un acto viciado. Del análisis de cada caso concreto según los parámetros valorativos y normativos que el



ordenamiento jurídico ofrece, el juez debe decidir cuál es la mejor forma de cumplir con su deber.

ii) El juez tiene el poder de declarar la nulidad porque nadie más lo puede hacer por él⁵. Sin embargo, su poder está muy limitado no solo a su propio deber, sino también a la propia funcionalidad de la nulidad tal como está prevista en el ordenamiento jurídico. Un juez que declara una nulidad porque puede y no porque debe, está excediéndose en sus poderes. Ello quiere decir que al momento de decidir si declara o no la nulidad de un acto viciado, el juez solo puede hacerlo si es que realmente debe; y para determinar si debe, ahí están los principios y valores constitucionales y la normativa infraconstitucional que orientará su decisión.

De esta manera, la potestad nulificante alude a un poder-deber de declarar la nulidad por parte del órgano jurisdiccional, el cual se encuentra debidamente parametrado por el ordenamiento jurídico. El juez no puede excederse en su poder, ni tampoco incumplir con su deber. Poder y deber tienen que apuntar hacia una misma dirección.

VI. El formalismo procesal y la declaración de nulidad desde la perspectiva del proceso cooperativo

Desde sus orígenes, en todo proceso –y especialmente el proceso civil– ha existido un factor de suma importancia absolutamente indesligable de aquel, pues es parte de su propia esencia: nos estamos refiriendo al formalismo.

Con mucha frecuencia este término es identificado como algo negativo o perverso, como ritos sagrados desprovistos de utilidad, que solo entorpecen la obtención de la finalidad, cualquiera que esta sea. No obstante, esta idea es altamente equívoca⁶. El formalismo por sí mismo no es algo nocivo; por el contrario, consiste en una garantía indispensable de cualquier

⁵ Quizá no haga falta decir que se incluye algún otro órgano jurisdiccional que interviene en el proceso en su discurrir a través de los mecanismos y procedimientos de la impugnación.

⁶ Ya dijo CALAMANDREI que las formas son una *preziosa garanzia dei diritti e delle libertà individuali*. Asimismo, como relata CHIOVENDA, *Ensayos de derecho procesal civil*, II, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos aires: EJE, 1949, p. 125, “pertenece a la historia la rectificación de Montesquieu, que un día atacó vivamente las formalidades judiciales y más tarde se inclinó a reconocer en ellas el precio que cada ciudadano paga por su libertad”.



procedimiento, pues presupone las reglas de juego impuestas al juez, a los sujetos procesales y a los terceros. Sin embargo, el formalismo adquiere una relevancia singular en el proceso jurisdiccional, pues aquí se discuten los derechos y valores más relevantes de la sociedad, siendo el espacio donde los ciudadanos resuelven sus disputas en forma definitiva; por ello, ante semejantes situaciones, está claro que deben encontrarse debidamente limitados los poderes del juez, las facultades de las partes, los derechos y garantías de estas. Así, el formalismo delimita el cauce y el discurrir del proceso, con el exclusivo propósito que los fines de este sean concretados por una vía ordenada y con la garantía que todos deben someterse a aquella. En consecuencia, el formalismo no viene a ser otra cosa que un medio, un instrumento del proceso que, a su vez, también es un instrumento⁷.

De ello se desprende, en primer lugar, que el formalismo sirve como garantía de libertad de las partes, frente al arbitrio en que pudieran incurrir los órganos que ejercen el poder estatal. En segundo lugar, el formalismo sirve para controlar y proteger a una parte de los eventuales excesos de la otra y viceversa; en efecto, al determinar las reglas de juego a las que las partes deben adecuarse, si aquellas no son trasgredidas se garantiza el correcto y leal desenvolvimiento del procedimiento. Además, es importante advertir que el formalismo viene a ser un mecanismo igualador de ambas partes, a través de una equilibrada distribución de poderes entre las partes (en plano normativo) y asegurando que el ejercicio de los poderes de una parte no perjudique el ejercicio de los poderes de la otra (plano fáctico)⁸.

⁷ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*, trad. Juan José Monroy Palacios, Lima: Palestra, 2007, pp. 30-31, define el formalismo de la siguiente manera: “El formalismo, o forma en sentido amplio, sin embargo, se muestra más extenso e inclusive indispensable, al implicar la totalidad formal del proceso, comprendiendo no solo la forma, o las formalidades, sino especialmente la delimitación de los poderes, facultades y deberes de los sujetos procesales, coordinación de su actividad, ordenación del procedimiento y organización del proceso, con miras a que sean alcanzadas sus finalidades primordiales. La forma en sentido amplio se encomienda, así, a la tarea de indicar las fronteras para el comienzo y el fin del proceso, circunscribir el material a ser formado, y establecer dentro de qué límites deben cooperar y actuar las personas obrantes en el proceso para su desarrollo”. Ver también, Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, trad. Renzo Cavani Brain. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 113, Normas Legales, Lima, julio 2010, p. 202. En este último trabajo, el autor busca refinar las ideas plasmadas en *Del formalismo*, dándoles mayor objetividad y practicidad, y también desarrolla con mayor amplitud los conceptos allí lanzados.

⁸ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil*, cit., pp. 31-35.



El formalismo está intrínsecamente vinculado con las garantías constitucionales y al forjamiento en un Estado Democrático de Derecho. Así, como bien se ha resaltado, “el principio del debido proceso legal representa la expresión constitucional del formalismo procesal; la informalidad excesiva (donde las partes corren el peligro exponerse al arbitrio y al poder del Estado) y el exceso de formalismo (donde el contenido –el derecho material y la justicia– corre el riesgo de extinguirse por razones de forma) establecen sus límites extremos”⁹. De ahí que para arribar a una decisión justa en respeto de los derechos fundamentales, el formalismo de hoy en día no puede promover ningún tipo de arbitrariedad, ni tampoco permitir que la forma se sobreponga al contenido. Esto último tiene vital importancia para nosotros: la aplicación de las reglas consagradas por el formalismo no debe obstruir el camino a la obtención de la tutela efectiva del derecho material, que se verificará mediando siempre una decisión justa.

El formalismo-valorativo, como paradigma que busca reflejar la importancia del formalismo procesal en su conjugación con los valores axiológicos, sociales y culturales y, sobre todo, los valores constitucionales de un pueblo en un contexto histórico determinado, exige un modelo de proceso informado por la cooperación, influenciado por el nuevo papel que le tocó asumir al Estado con el advenimiento de la importancia de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Así, bajo la premisa de valores como la dignidad, la participación, la solidaridad, la justicia, se reivindica el papel de los ciudadanos en la construcción –junto al Estado– de una sociedad más democrática, justa y solidaria. Esto se ve directamente reflejado en el proceso, en donde el rol del juez sufre un importante cambio: se vuelve isonómico en el diálogo y asimétrico en la decisión. En otras palabras, se rescata el valor de la dialéctica entre los partícipes del proceso para el desarrollo de la causa y la formación de la decisión (que vuelve a ser iudicium), propiciándose la participación democrática de quienes se verán afectados por lo que el juez resuelva, pero se mantiene la asimetría de este al momento de imponer su decisión para así lograr los valores pretendidos por el Estado Constitucional¹⁰.

⁹ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil*, cit., p. 183.

¹⁰ Daniel MITIDIERO, *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*, trad. Juan José Monroy Palacios, Lima: Communitas, 2009, p. 95 y ss.



El modelo cooperativo propugna una auténtica comunidad de trabajo, en donde el diálogo fluya de manera tal que de los aportes de los partícipes se adopte una solución justa y legítima. Y como es evidente, la colaboración producto de este diálogo tan fructífero solo es posible conseguirlo a través del contradictorio que –como manifestación del derecho al proceso justo– adquiere relevancia constitucional, y que rige a lo largo de todo el procedimiento. Asimismo, en el plano de la ética, es insoslayable la concreción de una lealtad mutua entre las partes y el juez, lo cual se manifiesta no solo en la exigencia de la buena fe subjetiva, sino también de la buena fe objetiva.

El principio de cooperación o colaboración (que se desprende del derecho fundamental de participación) cobija en su seno ciertos deberes que le son impuestos al juez. Tales deberes son cuatro: esclarecimiento, prevención, consulta y auxilio¹¹.

Mediante el deber de esclarecimiento, el juez debe absolver, conjuntamente con las partes, las dudas que surjan a partir de los diversos actos realizados por estas. Así, “si el magistrado estuviera en duda sobre el cumplimiento de un requisito procesal de validez, deberá providenciar el esclarecimiento de la parte envuelta, y no determinar inmediatamente la consecuencia prevista en la ley para ese ilícito procesal (extinción del proceso, por ejemplo)”¹².

El deber de prevención exige al juez que advierta a las partes, en la medida de lo posible, los defectos en la realización de sus actos, a fin de que sean suplidos. Asimismo, el juez debe “prevenir a las partes del peligro que el éxito de sus pedidos ‘sea frustrado por el uso inadecuado del proceso’”¹³. De esta manera, se justifica que los errores que determinan una posibilidad de subsanación en cualquier acto sean encausados como inadmisibilidad y no como el rechazo que implica la improcedencia.

¹¹ Daniel MITIDIERO, *Colaboración*, cit., p. 99; Fredie DIDIER Jr., “La invalidación de los actos procesales”, cit., pp. 460-462, aunque este no considera al deber de auxilio como uno separado.

¹² Fredie DIDIER Jr., “La invalidación de los actos procesales”, cit., p. 460.

¹³ Miguel Texeira de SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, citado por Daniel MITIDIERO, *Colaboración*, cit., p. 99.



Por su parte, el deber de consulta es utilizado por el juez para permitir a las partes influir en la toma de decisiones, promoviendo la efectiva participación e ellas. Esto se manifiesta en que “el magistrado no puede decir con base en una cuestión de hecho o de derecho, inclusive que pueda ser conocida ex officio, sin que sobre estas sean las partes intimadas a manifestarse. El juez debe consultar a las partes sobre esta cuestión no propuesta en el proceso, y por ello no puesta en contradictorio, antes de decidir”¹⁴.

Por último, tenemos el deber de auxilio que impone al juez el deber de ayudar a las partes “en la superación de eventuales dificultades que comprometan el ejercicio de derechos o facultades o el cumplimiento de cargas o deberes procesales”¹⁵.

Los cuatro deberes son la exigencia práctica mediante los cuales se concreta, efectivamente, el principio de cooperación. No obstante, para la reflexión contenida en el presente ítem es particularmente precioso el deber de consulta. Aplicado directamente en la teoría de la ineficacia procesal (estructural), este deber impide al juez declarar la nulidad sin promover previamente el contradictorio, a fin de dar una oportunidad a las partes de pronunciarse sobre la decisión que deberá adoptar. Siendo que al igual que el Estado, las partes también tienen un interés primordial en la forma como se resolverá la controversia, y más aún las vicisitudes por las que puede pasar el proceso donde se discuten sus derechos. No olvidemos las implicancias que tiene el contradictorio en el procedimiento y en la legitimidad de la decisión final, ni tampoco el gran aporte que significan los puntos de vista de las partes para que el juez resuelva en un sentido u otro, adoptando la solución más justa para el caso concreto.

Ahora bien, es importante advertir que la verificación del vicio que antecede a la declaración de nulidad se aplica, inclusive, para los vicios insubsanables a lo largo del proceso,

¹⁴ Fredie DIDIER Jr., “La invalidación de los actos procesales”, *cit.*, p. 461. Es preciso advertir que, en una obra posterior, *Fundamentos del principio de cooperación en el derecho procesal civil portugués*, trad. Christian Delgado Suárez, Lima: Communitas, 2010, p. 106, el autor indica que el deber de consulta viene a ser parte del deber de esclarecimiento: “El *deber de consulta*, también identificado como contenido del principio de cooperación, es una variante procesal del *deber de informar*, aspecto del *deber de esclarecimiento*, comprendido en sentido amplio”.

¹⁵ Miguel Texeira de SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, citado por Daniel MITIDIERO, *Colaboración*, *cit.*, p. 99.



cuya declaración está a cargo del juez *ex officio*. Creemos que no es necesaria la intervención de las partes para la verificación de este tipo de vicio –pues el juez tiene el deber de sacarlo a la luz–, pero la participación de aquellas sí es imprescindible para la producción de la nulidad, en virtud de la cooperación que debe existir.

Finalmente, teniendo en cuenta que el formalismo-valorativo privilegia el diálogo paritario entre el juez y las partes, y le impone a este que consagre el derecho fundamental de participación de aquellas, no tenemos mayores reparos en afirmar que la ineficacia procesal es un terreno fructífero para los postulados de esta forma de ver el proceso¹⁶.

Referencias bibliográficas

1. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*, trad. Juan José Monroy Palacios, Lima: Palestra, 2007.
2. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, trad. Renzo Cavani Brain. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 113, Normas Legales, Lima, julio 2010, pp. 291-310.
3. CAVANI BRAIN, Renzo I., “Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia procesal en el proceso civil peruano”. En: CAVANI BRAIN, Renzo (coord.), *Estudios sobre la nulidad procesal*, Lima: Normas Legales, 2010, pp. 11-158.
4. CAVANI BRAIN, Renzo I., “Nulidad procesal: ¿es realmente una sanción?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 146, Lima: Gaceta Jurídica, noviembre, 2010, pp. 193-198.

¹⁶ Daniel MITIDIERO, *Colaboración, cit.*, pp. 158-159, enseña la siguiente lección: “El análisis del alcance de la finalidad y de la ausencia de perjuicio, en el marco teórico del formalismo-valorativo, en un proceso caracterizado por la colaboración, tiene que ser lo más dialogado posible. (...) Dentro de esta perspectiva, antes que se decreta cualquier invalidez procesal, el órgano jurisdiccional tiene que tomar la impresión de las partes a propósito de la relevancia de la infracción en la forma apuntada en el proceso. Debe posibilitar que las partes influyan con su valoración del vicio del acto procesal. Se trata de un evidente deber de consulta del juez para con las partes. Semejante postura evita la sorpresa, reforzando la confianza de las partes en el Estado-juez, y estimula una decisión más atenta respecto de los variados aspectos que eventualmente puede asumir el problema debatido en juicio. Postura, además, que denota una efectiva paridad en la conducción del proceso por parte del órgano jurisdiccional antes que la asimétrica imposición de la decisión, Cualquier sanción de invalidez sin el previo diálogo con las partes es ineficaz dentro de un proceso civil de estructura cooperativa”.



5. CHIOVENDA, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil*, II, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1949.
6. DIDIER Jr., Fredie, *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. I, 12ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2010.
7. DIDIER Jr., Fredie, *Fundamentos del principio de cooperación en el derecho procesal civil portugués*, trad. Christian Delgado Suárez, Lima: Communitas, 2010.
8. DIDIER Jr., Fredie, “La invalidación de los actos procesales en el proceso civil brasileño”, En: CAVANI BRAIN, Renzo I. (coord.), *Estudios sobre la nulidad procesal*, Lima: Normas Legales, 2010, pp. 437-472.
9. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6ª ed. revisada y actualizada, v. II, Malheiros, São Paulo, 2009.
10. MAIER, Julio B. J., *Función normativa de la nulidad*, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 141.
11. MITIDIERO, Daniel, *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*, trad. Juan José Monroy Palacios, Lima: Communitas, 2009.
12. TESHEINER, José Maria, *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 2000.