

La nulidad innominada como salvaguarda del debido proceso

Unnamed Nullity As A Safeguard Of Due Process

Alejandra Benavides Grajales*

Resumen

El presente texto académico de carácter propositivo logró identificar la importancia de la inclusión de una nulidad innominada en el ordenamiento jurídico con el fin de no someter a los jueces a una taxatividad rígida y desgastar aún más el aparato judicial con la interposición del derecho constitucional de la acción de tutela; ya que, cuando alguna de las partes procesales decide hacer uso de una nulidad que no se encuentre inmersa en el artículo 133 del Código General del Proceso (CGP), se deja al criterio de los juzgadores la decisión de concederla o no, pues, en principio, el juez está sometido a la taxatividad de la norma. Sin embargo, como se explicará a lo largo de este escrito, esta no es del todo rígida y permite interpretación. Lo anterior se logró construir a través de un estudio sistematizado de las posturas emitidas desde una óptica de la constitucionalización del proceso.

Palabras clave: derecho constitucional, derecho procesal, nulidad procesal, debido proceso, garantías constitucionales, acto procesal, proceso, juez, taxatividad, preexistencia, ley, arbitrio

Abstract

This academic text of a propositional nature managed to identify the importance of the inclusion of an unnamed nullity in the legal system in order to avoid subjecting judges to a rigid taxativity and wear down even more the judicial apparatus with the interposition of the constitutional right of tutela action; Since, when any of the procedural parties decides to make use of a nullity that is not included in Article 133 of the General Code of Procedure (CGP), it is left to the discretion of the judges to decide whether to grant it or not, since, in principle, the judge is subject to the taxativity of the rule. However, as will be explained throughout this paper, this is not entirely rigid and allows for interpretation. This was achieved through a systematized study of the positions issued from the perspective of the constitutionalization of the process.

Keywords: constitutional law, procedural law, procedural nullity, due process, constitutional guarantees, procedural act, proceeding, judge, preexistence, specificity, law, arbitration

* Abogada egresada de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, con sólida formación humanística, unida a un conocimiento integral del derecho, y una alta capacidad analítica que le permite desempeñarse en los sectores público y privado. Correo: Alejandra.benavids@gmail.com

1. Planteamiento del problema

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 29, reseña el principio del debido proceso como una garantía constitucional y, al ser la Carta Política norma de normas, posiciona esta garantía en el nivel más alto jerárquicamente hablando; por lo cual los actores procesales, al evidenciar el incumplimiento de alguno de los principios del debido proceso, pueden presentar la acción de tutela contra providencia judicial, como mecanismo de protección de sus derechos fundamentales.

Por otro lado, es sabido que el Código General del Proceso es una compilación normativa relativamente nueva, que no ha representado otra cosa que un intento para lograr que las normas procesales tengan consonancia con la realidad actual dentro de los procesos litigiosos; el texto ha tenido que asumir grandes desafíos, al modificar lo que por muchos años había regido en el territorio colombiano. Entre sus muchos impactos se encuentra la implementación de las nulidades procesales contenidas en el artículo 133, que las enlista en forma de aparente rigidez para su aplicabilidad dentro del proceso.

No obstante, en cuanto a las nulidades procesales, el Código General

del Proceso excluyó varias causales en el artículo 133; por un lado, las de mandato constitucional reseñadas en el artículo 29 de la Carta Política y, por otro lado, aquellas que generan nulidades, pero que se encuentran en diferentes articulados del mismo estatuto procesal, como se abordará más adelante. Por ello, vale la pena cuestionarse sobre la necesidad jurídica de incluir una nulidad innominada en el artículo 133 y sus efectos.

1.1 Objetivo general

Identificar la importancia de la implementación de las nulidades innominadas en el marco del Código General del Proceso para evitar el incumplimiento de los *derechos fundamentales* que afecte el transcurso del proceso.

1.2 Introducción

Son varias las vertientes que pretende abordar este artículo, por un lado idealista, al plantear una teoría que podría cambiar la forma de pensar de los abogados litigantes y de las partes en relación con las nulidades procesales, ya que, si bien el artículo 133 del CGP manifiesta que el proceso será nulo “solamente” por las 8 causales enlistadas, lo cierto es que existen nulidades que sí vician los actos procesales, pero que no se

encuentran taxativamente expresas en sus páginas. Prueba de ello es la nulidad constitucional de que trata el artículo 29 de la Constitución Política o, sólo por mencionar otro ejemplo, la nulidad contemplada en el artículo 121 del mismo estatuto procesal, que hace referencia a que los actos proferidos después de decretada la pérdida de competencia serán nulos.

Lo anterior obliga al juzgador a realizar un estudio más riguroso de las causales invocadas, puesto que, en principio, su decisión debe estar sometida al imperio de la Ley y, de no ser acogidas, el camino comúnmente utilizado por la parte vencida es el de la interposición de la acción de tutela, al no ser una decisión susceptible de recursos. Sin embargo, de ser incluida la causal de nulidad innominada en el artículo 133 del CGP, se disminuirían de algún modo las cifras tan altas de interposición de acciones de tutela por debido proceso; tan solo en 2019, entre enero y octubre, fueron presentadas 67.351 tutelas por debido proceso (Corporación Excelencia en la Justicia, 2019), lo cual podría generar los siguientes interrogantes: ¿Debería incluirse una causal de nulidad innominada para evitar la dilación del proceso? ¿Es la nulidad innominada el camino para evitar el mal uso de la acción de tutela?

Para responder a los anteriores cuestionamientos se iniciará con una

parte descriptiva de las garantías constitucionales del debido proceso, las nulidades procesales, un análisis doctrinal sobre la oportunidad procesal para interponerlas, los efectos que produce la declaración de una nulidad procesal en el proceso y, por último, se abordará la teoría de las nulidades innominadas.

2. Concepto de las garantías constitucionales

Es sabido que la Constitución Política de Colombia, mediante el artículo 29¹, estipuló una garantía de orden constitucional para la protección de aquella persona que se encuentre

¹ Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente, y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien es sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso.

inmersa en alguna actuación judicial o administrativa, con la única finalidad de velar por el cumplimiento y respeto de sus derechos, dado que, si bien es un sujeto de obligaciones, también tiene derechos que deben ser respetados, en congruencia con la aplicación del aparato judicial.

Al respecto, Olano García, en un estudio que realizó a la Constitución Política colombiana, en relación con el debido proceso, refiere:

El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata, instituido para proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino de las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellas. (2013, p. 144)

Dentro del amplio espectro del debido proceso, la jurisprudencia y la doctrina han realizado una clasificación de los elementos que lo integran; al respecto, por ejemplo, la Corte Constitucional (2014) menciona lo siguiente:

(i) El derecho a la jurisdicción, que, a su vez, conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas,

a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la Ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho forman parte el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que sólo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y

al legislativo; y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (negrilla fuera del texto original).

Para Ferrajoli, las garantías procesales del debido proceso se refieren a la formación específica del juicio, esto es, la recolección de pruebas, el desarrollo de la defensa y la convicción del órgano judicial. Lo anterior brinda una seguridad jurídica para los intervinientes en las actuaciones judiciales; sin embargo, esto no indica que esa seguridad sea para cualquiera, sino sobre quien recae la acción del aparato judicial, pese a que está sometido al deber que la misma Ley le impone de soportar esa carga del aparato estatal, también es un sujeto que tendrá derechos y garantías que ayuden al cumplimiento de la denominada *justicia*.

En este punto del escrito, vale la pena recordar los conceptos de jerarquía de las normas en el ordenamiento jurídico, la supremacía de la Ley y la Constitución como norma de normas, donde esa condición de superioridad, jerárquicamente hablando, se ha obtenido por los valores y princi-

pios fundamentales que en ella están contenidos; por ello, deben tener una fuerza normativa que permita la eficacia del sistema jurídico para que no exista algo que se anteponga a ella. Al respecto, Kelsen (2005) manifiesta lo siguiente:

Las constituciones escritas, desde su surgimiento, al establecer las directrices generales del quehacer político y jurídico de un Estado, se erigieron como normas jurídicas supremas. Esta cualidad se debe a que las constituciones son detentadoras de las reglas que dotan de competencia a los órganos de poder para actuar, así como del proceso que debe agotarse para la creación de las leyes ordinarias.

En el libro *Manual de Derecho Procesal*, se hace referencia también a la primacía de la Constitución, de la siguiente manera:

El ser humano, para vivir en paz con sus iguales, necesita del derecho, dentro del cual existen unas normas que son esenciales y que están en una ley fundamental. A ese conjunto de normas esenciales se llama *derecho constitucional*. Este grupo de reglas esenciales están plasmadas en una ley fundamental llamada *Constitución*, que es un conjunto de normas jurídicas

positivas básicas que organizan una sociedad, estableciendo la autoridad, la forma de ejercicio de esa autoridad, los poderes públicos, los *límites de esos poderes, y garantizando la libertad política y civil del individuo. Por ese carácter de esencialidad, ninguna otra regla establecida después de aquella puede ser contradictoria, so pena de nulidad.* Este es el fundamento de la primacía de la Constitución, que es la cualidad en virtud de la cual cualquier regla que contradiga a la Constitución es nula. (s. f.) (cursiva fuera de texto original).

En ese orden de ideas, lo cierto es que la teoría siempre va a ser un ideal frente a la realidad jurídica, esa que existe en los estrados judiciales, la que viven miles de ciudadanos día a día, al tratar de ejercer su derecho constitucional de acceso a la justicia. Siempre se habla de una primacía de la Constitución y, en el papel, se ve bien, pero en la realidad procesal no siempre opera así; para no ir tan lejos, qué ocurre en el momento de hacer uso de la acción de nulidad de carácter constitucional por violación del debido proceso, por no cumplirse con la independencia e imparcialidad del juez o funcionario.

Sólo por hacer referencia a una premisa del debido proceso, lo que denota es que esté a discreción del juez aco-

gerla o no, de no acceder a ella tendría como fundamento la taxatividad contemplada y, de acogerla, tendría que motivar su decisión para que la parte vencida no acuda a la acción de tutela, como único medio alterno, por no proceder recurso alguno, tratándose de la resolución de una nulidad; sin duda, un mecanismo que, en lugar de ser la última instancia, se convierte en un instrumento excesivamente utilizado por las partes procesales, lo cual retrasa el transcurso del proceso y atenta nuevamente contra los principios del debido proceso.

Valdría la pena, entonces, evitarse tantas dilaciones e incluir una causal de nulidad que acoja todas aquellas que puedan llegar a atentar contra el debido proceso para disminuir así la interposición de tutelas por incumplimiento del debido proceso; además, se evitaría que el juez tuviera que acogerse a una taxatividad que, si bien no es del todo rígida, sí lo somete.

3. Concepto de las nulidades procesales

Para iniciar con el concepto de las *nulidades procesales*, es necesario retomar el concepto de *acto procesal*, conocido como la manifestación de la voluntad de los sujetos procesales, entendidos como las partes, el juez, los terceros contemplados en el Código General

del Proceso e, incluso, los auxiliares de justicia.

Azula Camacho (2000) define los *actos procesales* como “las actuaciones que dan lugar al paso de una etapa a otra, y las realizadas dentro de cada una de ellas, por cualquiera de los sujetos del proceso”. Como se observa, el acto procesal siempre va a emanar de los sujetos procesales, al ser ellos mismos quienes generan impulso procesal en cada etapa; además, estos deben respetar siempre un criterio de tiempo, modo y lugar que los haga existentes, válidos y eficaces, es decir, los actos procesales deben adelantarse ante las autoridades competentes.

En esta misma línea, Alvarado Velloso (2006), establece detalladamente la estructura interna de los actos procesales con el fin de identificar la validez y eficacia del mismo acto, estudio que realiza el autor para identificar un vicio de alguna de las partes en el acto procesal; entre los aspectos que enuncia se encuentran “el sujeto que lo realiza, el objeto sobre el cual versa y la actividad que necesariamente se efectúa”.

Ahora bien, teniendo en cuenta la referencia de los actos procesales, estos son de suma importancia en el tema de las nulidades procesales, por ser los que se afectan en el transcurso

del proceso, y que el legislador ha mencionado como “acciones” u omisiones para incurrir en alguna de las causales establecidas en el artículo 133 del Código General del Proceso. Al respecto, más adelante se abordará el tema de la operancia de la nulidad procesal por acción.

Dentro de la teoría general del proceso se han planteado varias definiciones alrededor de la *nulidad procesal*. De este modo, Devis Echandía (2000) expresa lo siguiente:

La nulidad procesal es una enfermedad propia y exclusiva de los actos del juez. Cuando las partes ejecutan actos procesales sin las formalidades de tiempo, modo, lugar, que la Ley prescribe, sus defectos jurídicos quedan total o parcialmente eliminados, según la gravedad y clase del defecto, pero, entonces, técnicamente estaremos en presencia de un caso de ineficacia, de inocuidad o de inexistencia procesal del acto, pero no de nulidad. (p. 83)

En este orden de ideas, Serra Domínguez (1969), al hablar de *actos procesales ineficaces*, afirma que “la nulidad procesal se produce siempre que un acto procesal adolezca de una circunstancia esencial fijada en las leyes de procedimiento como absolutamente indispensable para que el

acto produzca sus efectos normales, en forma radical e insubsanable”.

En otras palabras, las nulidades procesales atacan los actos procesales que no cumplen con sus requisitos intrínsecos de tiempo, modo y lugar, de los que se hablaba anteriormente. Debido a ese incumplimiento, resultan viciados los actos procesales que necesariamente deben sobrevenir de la intencionalidad de alguna de las partes intervinientes dentro del asunto litigioso, y que, de manera directa, afectan su resultado.

Por este motivo, no cualquiera puede interponer una causal de nulidad, sino que le compete única y exclusivamente a la parte que resulte lesionada con ese acto procesal viciado presentarla y, si la parte interesada no la interpone, es porque no considera lesivo ese acto procesal para ella, aun conociendo su vicio; dicho de otra manera, si no se advierte el vicio o el incumplimiento de los requisitos del acto procesal, nada impide que esos actos produzcan efectos, pero, en cuanto se conozcan las irregularidades, de inmediato deberá ser puesto a discrecionalidad del juzgador para que emita un pronunciamiento en el sentido de anular el acto afectado o, pese a existir una irregularidad, puede mantener su valor.

En este sentido, la doctrina ha emitido un concepto de la *nulidad procesal*

como un elemento sancionador dentro del aparato judicial; por ejemplo, es posible “definir la nulidad procesal como la **sanción de ineficacia** mediante la cual se priva a un acto o actuación del proceso, o a todo este, de sus efectos normales previstos por la Ley, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por ella” (s. f., p.303).

Queda claro que la nulidad procesal es una sanción que se aplica directamente a los actos procesales para dejarlos sin validez, al encontrarse un vicio procedimental. Estos fueron expuestos por el legislador para evitar cualquier duda y están consagrados en el artículo 133² del Código General

² Código General del Proceso, artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.
2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.
- ⁴ Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.
5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que, de acuerdo con la Ley, sea obligatoria.

del Proceso; acogen una taxatividad que, en principio, pareciera ser rígida, pero, en el CGP, se encuentran nulidades que, pese a no estar enlistadas, se deben tomar en consideración. Ejemplo de ello es la nulidad contemplada en los artículos 36 y 107, que hacen referencia a la concurrencia de todos los magistrados a las audiencias y diligencias de decisiones colegiadas, so pena de nulidad.

6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión, o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.

7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

8. Cuando no se practica en forma legal la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la Ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que, de acuerdo con la Ley, debió ser citada.

9. Cuando, en el curso del proceso, se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

Parágrafo. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.

La del artículo 121 no es otra cosa que la pérdida de competencia del juez por el transcurso del tiempo, al advertir que serán nulas las actuaciones posteriores que profiera y, en esta misma línea, el artículo 38 alude a la falta de competencia, pero, en este caso, de la territorial del comisionado para atender diligencias fuera de la sede del juez de conocimiento; se vicia el acto procesal también cuando el comisionado excede los límites de las facultades otorgadas (CGP, art. 40). En este orden de ideas, no tiene sentido el rechazo de plano de la solicitud de nulidad que contempla el inciso final del artículo 135 del Código General del Proceso³.

Para Castaño (s. f.), las nulidades surgen a la vida jurídica por acción u omisión, y así lo reseña: “el caso de las llamadas *nulidades procesales*, efecto inequívoco para aquellas actuaciones que lesionan gravemente la ritualidad procesal, ya sea por acción o por omisión”. Es en este punto donde cabe aclarar que, si bien se hace hincapié en que las nulidades surgen por una acción u omisión, al hacer

³ Código General del Proceso, artículo 135. (...) El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada, o por quien carezca de legitimación.

un estudio al artículo 133 del CGP, se puede concluir que la mayoría de las causales enlistadas se orientan a algún acto procesal que se deja de hacer; y aunque la redacción de los numerales 1, 2 y 3 se encuentra como acciones, lo cierto es que operan por omisión. Vale la pena observar con detenimiento cada causal.

1. *Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.*

Si bien en el numeral uno se está hablando de una acción, al hacer un análisis de este, se puede inferir que, aun sabiendo que no tiene jurisdicción o competencia para continuar con el proceso, y habiéndolo declarado así, omite y decide seguir con el proceso.

2. *Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.*

Se vuelve al caso anterior. Si bien en la redacción se está contemplando un actuar, esto sobreviene de una omisión por parte del juzgador, pues, habiendo un pronunciamiento del superior jerárquico, el juez hace caso omiso y decide continuar la instancia procesal.

3. *Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales*

de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.

En cuanto a esta causal particular, cabe recordar que las causales de interrupción del proceso se encuentran contempladas en el artículo 159 del CGP; muerte, enfermedad grave o privación de la libertad, ya sea de la parte que había estado actuando en el proceso sin representante, apoderado judicial o curador *ad litem*, del apoderado judicial, del representante o del curador *ad litem*. Las causales de suspensión del proceso se encuentran, a su vez, en el artículo 160 del CGP y operan por petición de común acuerdo de las partes, o cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso. Lo anterior también sobreviene en una omisión porque, el juez, sabiendo que se encuentra ante estos dos escenarios de interrupción o suspensión, deja de aplicarlos y continúa el proceso.

Además, cabe mencionar el numeral siete: “*Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación*”. Esta causal es de amplio espectro, habla de una actuación que es clara, “proferir”, es decir, dictar sentencia, pero con una condición especial, haberla dictado sin ser quien haya escuchado los ale-

gatos de conclusión o sustentación del recurso de apelación en etapa de instrucción y juzgamiento.

Lo anterior tiene lógica, pues en audiencia de instrucción y juzgamiento contemplada en el artículo 373 del CGP⁴, se practican pruebas y, como finalidad de la ritualidad procesal, a las partes se les concede un tiempo para que expliquen al juez, en función de las pruebas discutidas en el proceso que acceda a las pretensiones (parte demandante) o que, por el contrario, deniegue las pretensiones solicitadas (parte demandada). Por ello, no tiene sentido que el juez que no escuchó ni estuvo en presencia de la práctica de pruebas sea quien profiera un fallo; es aquí donde surge el interrogante ¿no estaríamos igual en presencia de una omisión del juez? La pregunta queda abierta para que cada uno tome posición al respecto.

⁴ Código General del Proceso, artículo 373. Audiencia de instrucción y juzgamiento. Para la audiencia de instrucción y juzgamiento se observarán las siguientes reglas:
1. En la fecha y hora señaladas para la audiencia, el juez deberá disponer de tiempo suficiente para practicar todas las pruebas decretadas, oír los alegatos de las partes y, en su caso, proferir la sentencia. (...)
4. Practicadas las pruebas, se oirán los alegatos de las partes, primero al demandante y luego al demandado, y, posteriormente, a las demás partes, hasta por 20 minutos cada uno. (...)

Por último, cabe traer a colación que, con la expedición del Decreto 806 de 2020, se abrió la puerta a la tan anhelada justicia digital, que ordena, entre otras cosas, que la notificación personal se surta por los canales digitales; lo cual también deja abierto el camino para la estrategia un poco desleal de las partes, de alegar la nulidad por indebida notificación. Al respecto, la Corte Constitucional (2020) aclaró el panorama, en el entendido de que el término dispuesto para la notificación empezará a contarse cuando el accionado acuse recibo o se pueda constatar por otro medio el acceso del destinatario.

Al tratarse de entidades que cuenten con buzón de notificaciones judiciales, no habría mayor inconveniente, el problema surge cuando la notificación que se pretende es para una persona natural que probablemente no acuse el recibo de la entrega del mensaje de datos; lo cual impone una carga probatoria mayor al demandante, de demostrar que, en efecto, el acceso del destinatario sí se surtió. El reto que viene más adelante para los jueces es la resolución de dichas nulidades, que, de no ser concedidas, serían llevadas ante el juez de tutela.

4. Oportunidad procesal para solicitar las nulidades

En primer lugar, cabe mencionar que el estatuto procesal vigente contempló todos los mecanismos y oportunidades procesales para interponer una nulidad procesal y, de este modo, el estatuto procesal resolvió estipularlo, en el artículo 134, de la siguiente manera:

Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o con posteridad a esta, si ocurrieran en ella.

La nulidad por indebida representación o falta de notificación, o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso podrá también alegarse en la diligencia de entrega, o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades.

Dichas causales podrán alegarse en el proceso ejecutivo, incluso con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal.

El juez resolverá la solicitud de nulidad, previo traslado, decreto y práctica de las pruebas que fueran necesarias.

La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento sólo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se haya proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio (negrilla fuera de texto original)

En términos generales, hay que partir de los dos momentos procesales donde se puede solicitar la nulidad procesal, antes de proferir sentencia (contestación de la demanda, traslado de la contestación de la demanda, audiencia inicial, audiencia de instrucción y juzgamiento), dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentre el acto viciado; cabe resaltar que se habla únicamente del acto introductorio de la contestación de la demanda, ya que, en primera instancia, el demandado, con el primer acto, es quien puede prever y soportar una nulidad o déficit en el acto procesal; sin embargo, esto no quiere decir que las nulidades recaigan únicamente sobre la parte accionada. Asimismo, tiene sentido que quien alega la nulidad sea sobre quien recae ese acto, pues no la podría alegar quien la comete.

Por otro lado, el mismo artículo, en sus incisos siguientes, estipula una oportunidad procesal, dependiendo de la clase de proceso. En este momento, es necesario recordar las clases de procesos incluidos en el nuevo estatuto procesal; entre ellos se distinguen los procesos declarativos, declarativos especiales, ejecutivos y liquidatorios. En un proceso ejecutivo hipotecario, por ejemplo, donde se encuentre un bien en remate, la nulidad, a su vez, podrá alegarse en la diligencia de entrega del bien, con la salvedad de que sólo por las causales de *indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma*.

Aunque las nulidades procesales pueden proponerse en cualquier término durante el proceso, sin perjuicio de lo anteriormente expresado, el juez, como director del proceso, efectúa el llamado *control de legalidad*, agotado en cada etapa procesal, porque, si no se advierte ninguna causal de nulidad por las partes, o de no evidenciarse una nulidad por parte del Juzgador, quedarán subsanadas aquellas nulidades que no fueron alegadas oportunamente; puesto que lo que se busca no es dilatar el proceso o, en un actuar desleal de las partes que previenen una nulidad, guardarla hasta antes de la sentencia con el fin de saber si son vencedores o no en la contienda procesal y, de resultar derrotados,

poner en conocimiento de la causal de nulidad evidenciada.

5. Efectos de la declaratoria de la nulidad procesal

En esencia, lo que busca la nulidad es corregir un error o defecto procesal encontrado en el transcurso del proceso, pues, de hallarse una nulidad procesal, y de ser declarada por el juez, el proceso deberá devolverse al mismo estado en el que se encontraba el acto procesal antes de encontrarse inmerso en el vicio.

El artículo 138 del Código General del Proceso, establece lo siguiente:

Cuando se declare falta de jurisdicción, o falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero, si se hubiera dictado sentencia, esta se invalidará.

La nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla,

y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

El auto que declara una nulidad indicará la actuación que debe renovarse.

Lo anterior pone de manifiesto varias premisas donde la nulidad puede ser extensiva o no; la primera consiste en que, aunque la nulidad sólo recae sobre un acto particular, este afecta a los posteriores que dependen de él o tienen soporte en este; por ejemplo, ocurre en el caso de la indebida notificación del auto admisorio de la demanda, que cubre toda la actuación posterior surtida hasta cuando se declara la nulidad. El segundo tipo de nulidad es la que se limita a un sólo acto o actuación procesal, sin que los realizados posteriormente sean afectados.

Por otro lado, el artículo 136 del CGP⁵ contempla que la nulidad puede ser

saneable e insaneable; se sana por varias situaciones, cuando no se propone oportunamente (esto ocurre cada vez que se cierra una etapa procesal y el juez advierte a las partes que es el momento para presentarlas), o cuando las nulidades pueden ser convalidadas directamente por las partes, y es insaneable cuando se pretende atacar la cosa juzgada, o cuando ese acto viciado de nulidad afecta una norma de orden público y vulnera a toda la sociedad. Estas no tendrían ningún efecto jurídico y el juez, incluso de oficio, podrá declararla.

6. Nulidades innominadas

Si bien en el ordenamiento jurídico no hay una definición de las nulidades innominadas, estas pueden ser equiparables a las medidas cautelares innominadas, pues, en el capítulo de medidas cautelares se dispone que el juez podrá decretar y practicar cualquier otra medida que encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio (CGP, art. 590, literal C).

Parágrafo. Las nulidades, por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables.

⁵ 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 5 días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa.
4. Cuando, a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.

En este caso, el juez puede definir la medida que mejor se acomode a la pretensión, y ello no puede entenderse como violatorio del debido proceso, por el contrario, lo salvaguarda; tampoco podría pensarse que, con la intervención del juez, está perdiendo imparcialidad y se convierte en parte dentro del proceso. Lo que se buscaría es que, en defensa de la premisa constitucional del debido proceso, se permita a las partes interponer una nulidad que, aunque no está contemplada en el artículo 133, puede llegar a viciar el acto procesal, haciendo que ese acto surja a la vida jurídica, pero siendo nulo, como sí lo contemplan articulados diferentes del mismo estatuto procesal o la misma Constitución.

Al respecto, Álvarez Gómez (2014), en relación con las medidas cautelares innominadas, observa que son atípicas, y es el juez quien concibe la medida y la forma de materializarse: “Como dijimos anteriormente, en estas cautelas también está presente el principio de legalidad, sólo que, a diferencia de las nominadas, aquí es el juzgador el que, dependiendo del caso y de sus circunstancias, idea o concibe una para atender un específico propósito” (p. 40).

Ahora bien, en cuanto a las nulidades innominadas, se les podría dar un trato similar, es decir, dar la

potestad a las partes de solicitarla, y ser el juez quien, dependiendo de las circunstancias en las que ocurrió, puede decretarla; siempre en pro del garantismo procesal, que no es otra cosa que el cumplimiento de los presupuestos del debido proceso.

En palabras de Alvarado Velloso (2011) “lo que el garantismo pretende es el irrestricto respeto de la Constitución y de los pactos internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico”; en este sentido, el autor manifiesta: “Y es que el proceso judicial es la gran y máxima garantía que otorga la Constitución para la defensa de los derechos individuales desconocidos por cualquiera persona”.

7. Conclusiones

En conclusión, el derecho siempre va a estar un paso atrás de los cambios sociales. La inclusión de una nulidad innominada resolvería muchos inconvenientes en la práctica; por un lado, se evitaría el desgaste procesal de que, en caso de ser negada la solicitud, al no tener recursos ordinarios, se haga mal uso de la acción de tutela por la parte vencida, y, por otro lado, se descongestiona el aparato judicial y se deja a los jueces decidir lo que realmente deben decidir para evitar las dilaciones injustificadas en el proceso.

En Colombia, hay que empezar a cambiar el pensamiento arcaico que gobierna, pues, al incluirse una nulidad innominada, no se está dejando la puerta abierta para que se presente cualquier tipo de solicitudes que dilaten el proceso; por el contrario, lo que se buscaría con ella es que se dé estricto cumplimiento al debido proceso reglado en la Constitución Política, que, en últimas, representa las premisas que rigen el proceso.

Referencias

Alvarado Velloso, A. (2006.). *El debido proceso: derecho procesal contemporáneo*. Ediar.

Álvarez Gómez, M. A. (2014). *Las medidas cautelares en el Código General del Proceso*. Consejo Superior de la Judicatura.

Azula Camacho, J. (2000). *Manual de derecho procesal*. Temis.

Castaño García, J. I. (s. f.). *Nulidades especiales*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. (163-173).

Cifuentes Muñoz, E. (s. f.). *Acceso a la Justicia y debido proceso en Colombia (síntesis de la doctrina constitucional)*. (pp. 271-317).

Cruz Tejada, H. (2017). *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. Uniandes. (165-190).

Devis Echandía, H. (s. f.). *Liberalización y socialización del proceso civil*. (43-53).

Devis Echandia, H. (s.f.). *Teoría general del proceso*. Temis.

Kelsen, H. (2005). *Teoría general del Estado* (2.ª ed.). Ediciones Coyoacán.

Manual de derecho procesal civil. (s. f.). I. Teoría general del proceso.

Olano García, H. A. (2013). *Constitución Política de Colombia* (8.ª ed.). Ediciones Doctrina y Ley.

Sentencia C-341/14. (2014, 4 de junio). Corte Constitucional (Mauricio González Cuervo, M. P.).

Sentencia C-420/20. (2020, 24 de septiembre). Corte Constitucional (Richard Ramírez Grisales, M. P.).

Serra Domínguez, M. (1969). *Estudios de derecho procesal*. Ariel.

Soto Osorio, J. J. (2014). *Las nulidades procesales en el nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012): un análisis desde el derecho constitucional colombiano*. Universidad Católica de Colombia.