

*Esta es una copia privada
hecha sólo para fines
educativos.*

PROHIBIDA SU VENTA

CARLOS CREUS

*Invalidez
de los
actos procesales penales*

Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia

**Causales. Efectos. Subsanación
Casuística. Supuestos legales
Análisis jurisprudencial**

2ª edición acutalizada y ampliada



ASTREA

**INVALIDEZ
DE LOS
ACTOS PROCESALES PENALES**

CARLOS CREUS

*Invalidez
de los
actos procesales penales*

Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia

Causales. Efectos. Subsanación
Casuística. Supuestos legales
Análisis jurisprudencial

2ª edición actualizada y ampliada



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1995

1ª edición, 1992.

2ª edición, 1995.

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.
Lavalle 1208 - (1048) Buenos Aires

ISBN: 950-508-356-4

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Este trabajo fue realizado a partir del esquema para exposiciones insertado en un curso desarrollado en la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Santiago del Estero, lo que explica las características de su estructura. Pero me parece conveniente formular un par de advertencias a quienes acudan a su lectura.

Los cauces políticos que vienen moldeando a la sociedad argentina, el cosmopolitismo de nuestra ciencia jurídica, la diáspora (aunque sea temporaria) de sus cultivadores que se acomodan, aparentemente sin esfuerzos, en otras culturas, ha ido intensificando el más cuidadoso examen fundamentalista y un gran despliegue de las teorizaciones generales, especialmente con respecto a las normas que atañen al derecho de punir. Y si bien no puedo dejar de reconocer el valor de estos empeños, pienso que no se tiene que descuidar seguir construyendo, a nivel más modesto, en el campo de la interpretación de la ley vigente en base a un moderado casuismo.

El tema de la invalidez de los actos del proceso penal —base clásica del garantismo— ha sufrido bastante el desapego de nuestras mejores cátedras a llevar a cabo esa tarea técnica que, sin duda, resulta molesta y sin mayores brillos más allá de su mención en orden a los grandes principios que rigen el proceso. Creo que así se ha ido perdiendo buena parte de coherencia sistemática. No se debe temer que signifique un regreso al formalismo vano volver a afrontarlo en el plano de la autonomía monográfica. Por el contrario, puede permitir afilar con más precisión el instrumental garantista, sin descuidar las finalidades del derecho penal y del proceso en procura de su equilibrio como prenda de eficacia para la ordenación de la vida en sociedad.

No me ha sido posible ya no digo agotar, sino referirme al grueso de la bibliografía específica o de algún modo relacionada con el objeto. La que menciono es la que ya tenía anotada y, por lo común, trátase de aquella de la que me he servido para resolver casos concretos. En cuanto a la jurisprudencia, la utilizo en medida relativa, como ejemplo o como corroboración; todo fallo es una anécdota circunstancial cuya trascendencia teórica más de una vez es inconveniente y en no pocas ocasiones hasta resulta destructora. Llamaré la atención que los fallos que he suscripto como juez de cámara los cito ateniéndome a los libros de “Fallos” y “Autos”: lo hago cuando no han sido publicados, pero también cuando, habiéndolo sido, los re-

súmenes preparados por las respectivas revistas han ignorado o tergiversado los verdaderos contenidos y alcances de las sentencias, circunstancia desgraciadamente muy repetida en los últimos tiempos.

Al encarar esta segunda edición necesito formular algunas advertencias. El texto de la primera se redactó durante la vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal de la Nación; prácticamente estando en curso su impresión entró en vigencia la ley 23.984, cuyas referencias fueron insertadas esquemáticamente en aquel texto, pero ya no se justifica mantener lo escueto de ellas atento al tiempo transcurrido. Además hubo otras novedades legislativas de importancia: en la provincia de Córdoba se sancionó un nuevo Código (ley 8123), que en la primera edición se mencionaba en Proyecto (1990) y si bien éste –hasta el momento en que escribo estas páginas– no ha entrado en vigencia (ésta se halla “suspendida”), sí lo está, prácticamente con las mismas fórmulas, en la de Tucumán (ley 6230), por lo que no se puede obviar su expresa mención en los puntos correspondientes*. A lo cual se agregan novedades literarias (particularmente las referidas al nuevo Código Procesal Penal de la Nación) que no pueden dejar de ser consideradas.

* Dada la particular situación que con ello se plantea en cuanto a la reformulación del texto, aclaro que cuando me refiero a los nuevos códigos de la Nación y de Córdoba, lo indico expresamente agregando la nominación de las respectivas leyes (23.984 y 8123).

Advertirá quien haya leído la primera edición, que en esta segunda el volumen ha “echado panza” (para emplear la antropomórfica descripción de CARNELUTTI) con la inserción de un nuevo capítulo que trata sobre lo que se puede titular “parte especial de nulidades”, cuya necesidad me fue sugerida y consideré atendible.

CARLOS CREUS

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo a la segunda edición</i>	IX
---	----

CAPÍTULO PRIMERO

VALIDEZ E INVALIDEZ DE LOS ACTOS PROCESALES

§ 1. Noción general	1
§ 2. Tipo de acto y tipo procesal	2
§ 3. Tipo procesal e invalidez	3
§ 4. Particularidades de la invalidez de los actos procesales	5
§ 5. La invalidez como sanción	6
§ 6. Progresión de los vicios del acto. La “mera irregularidad”	8
§ 7. Nulidad e inadmisibilidad	8
§ 8. Inexistencia del acto procesal	11
§ 9. Irregularidad. Ineficacia. Invalidez. Unidad del ordenamiento jurídico ...	14

CAPÍTULO II

LAS NULIDADES EN EL SISTEMA LEGISLATIVO DEL PROCESO PENAL

A) CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA NULIDAD

§ 10.	Concepto general de nulidad	17
§ 11.	Diferencias con el mecanismo de la nulidad en otros sectores	18
§ 12.	Características de la nulidad procesal	18
§ 13.	Criterio teleológico en la consideración del vicio del acto como fundamento de la declaración de nulidad .	20
§ 14.	Actos que pueden ser declarados nulos. Los actos del sumario de prevención	23

B) ESPECIES DE NULIDADES PROCESALES

§ 15.	La doble clasificación	26
§ 16.	Nulidades específicas	27
§ 17.	Nulidades generales	29
§ 18.	Nulidades generales relacionadas con el nombramiento de los jueces	30
§ 19.	Capacidad del juez	32
§ 20.	Constitución del juez o tribunal	35
§ 21.	Intervención y participación del ministerio fiscal	36
§ 22.	Intervención, asistencia y representación del imputado	36
§ 23.	Situación de partes distintas del imputado	37

§ 24.	Inobservancia de las garantías constitucionales como origen de la nulidad de carácter general	39
§ 25.	Acto adecuado a un tipo procesal consagrado por una norma inconstitucional	42
§ 26.	La violación de las formas sustanciales como origen de nulidades generales	43
§ 27.	Las denominadas nulidades implícitas o virtuales	45
§ 28.	Nulidad y delito	49
§ 29.	Los vicios de la voluntad como motivo de nulidad	50
§ 30.	Nulidades absolutas y relativas	51
§ 31.	Las nulidades absolutas en los regímenes procesales penales	54
§ 32.	Declaración de la nulidad absoluta ..	57
§ 33.	Relaciones entre las nulidades de carácter general, declarables de oficio y absolutas	59
§ 34.	Una legislación que amplía la extensión de las nulidades absolutas	61
§ 35.	Reducción de las nulidades absolutas frente a las declarables de oficio .	62
§ 36.	Caracterización del vicio originante de la nulidad absoluta como desconocimiento de normas (garantías) constitucionales	64
§ 37.	Cuestiones en los códigos procesales penales de la Nación y de Buenos Aires	65

**C) ACTIVIDAD DEL JUEZ Y DEL TITULAR
DE LA FACULTAD DE INSTAR LA DECLARACIÓN
DE NULIDAD EN ORDEN AL ACTO DEFECTUOSO**

§ 38.	Eliminación de las causas de nulidad	66
§ 39.	Superación de la nulidad en base a consideraciones de mérito	68
§ 40.	La instancia de parte	70
§ 41.	Instamiento de parte de la nulidad declarable de oficio	71
§ 42.	Formas y tramitación del instamiento	73
§ 43.	Nulidad en recurso	75
§ 44.	La declaración de nulidad	76

D) SUBSANACIÓN DE LA NULIDAD

§ 45.	Circunstancias de subsanación	80
§ 46.	La cosa juzgada como hipótesis de subsanación	81
§ 47.	Sanatoria de caducidad	82
§ 48.	Consentimiento del acto viciado	84
§ 49.	El cumplimiento de la finalidad del acto	88

E) EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

§ 50.	Invalidación del acto	92
§ 51.	Nulificación parcial	93
§ 52.	Subsistencia de efectos del acto anulado	95
§ 53.	Valor procesal “subsidiario” del acto declarado nulo	97

§ 54.	Extensión de los efectos de la declaración de nulidad	99
§ 55.	Hipótesis de declaración expresa de la extensión	102
§ 56.	Los efectos de la declaración de nulidad y los conflictos de leyes en el tiempo	104
§ 57.	Renovación o rectificación del acto anulado	106
§ 58.	Regresión del procedimiento	108
§ 59.	Efectos “colaterales” de la declaración de nulidad: costas; separación del juez	111

CAPÍTULO III

INADMISIBILIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES PENALES

A) CONCEPTO Y AUTONOMÍA DISCIPLINAR

§ 60.	Regulación	115
§ 61.	Inadmisibilidad y nulidad	115
§ 62.	Los motivos o causas de inadmisibilidad	118

B) LA INADMISIBILIDAD COMO CAUSA DE INVALIDEZ

§ 63.	Consagración legislativa de la inadmisibilidad	119
§ 64.	Efectos de la declaración de inadmisibilidad	120
§ 65.	Subsanación	122

§ 66. Reproposición del acto declarado inadmisble	123
---	-----

CAPÍTULO IV

INEXISTENCIA DE LOS ACTOS PROCESALES

A) CONCEPTO GENERAL Y CONSECUENCIAS

§ 67. Descripción del acto inexistente	125
§ 68. Naturaleza política de la inexistencia	126
§ 69. Características de los defectos que dan lugar a la inexistencia del acto	128
§ 70. El debate doctrinario sobre la inexistencia	130
§ 71. Existencia material del hecho como requisito de la inexistencia jurídica del acto	132

B) INEXISTENCIA Y NULIDAD ABSOLUTA

§ 72. Hipótesis que pueden plantear dudas	133
§ 73. Regla práctica de distinción	134
§ 74. El desconocimiento de los obstáculos para proceder, de origen constitucional	135

CAPÍTULO V**NULIDADES EXPRESAMENTE PREVISTAS
POR LA LEY CON RESPECTO A DETERMINADOS
ACTOS PROCESALES**

§ 75. Una “parte especial” con relación a las nulidades	137
---	-----

**A) NULIDADES RELACIONADAS
CON VICIOS EN LA CONSTITUCIÓN Y ACTIVIDAD
DE PARTES EN EL PROCESO**

§ 76. Materias	138
§ 77. Citación de partes civiles	138
§ 78. Actividad del ministerio fiscal	139
§ 79. Limitaciones de la actividad del ministerio fiscal en el Código Procesal Penal de la Nación	141
§ 80. Actividad del ministerio fiscal en la etapa intermedia	143
§ 81. La cuestión en el Código de Buenos Aires	144

**B) NULIDADES ORIGINADAS EN LA FALTA
DE COMPETENCIA DE LOS JUECES O EN LA TRAMITACIÓN
DE LA SEPARACIÓN DE LOS MISMOS**

§ 82. Influencia de las cuestiones de competencia	145
§ 83. Incompetencia del juez instructor en razón de la materia	146

§ 84.	Incompetencia del juez instructor en razón del territorio	147
§ 85.	Separación del juez durante la instrucción	148

**C) NULIDADES ORIGINADAS EN VICIOS
ESPECÍFICOS DE LOS ACTOS DEL PROCESO**

§ 86.	Idioma	150
§ 87.	Documentación de los actos del proceso	151
§ 88.	Actos de la “autoridad”	152
§ 89.	“Relatividad” de la omisión de la fecha del acto	154
§ 90.	Formas de la versión documental ...	154
§ 91.	Comunicaciones a partes y terceros	155

**D) NULIDADES ORIGINADAS EN LA VIOLACIÓN
DE GARANTÍAS DE LA DEFENSA DEL IMPUTADO**

§ 92.	Relación con normas de carácter general	156
§ 93.	“Indagatoria” del imputado	157
§ 94.	Autoridades que pueden recibir declaración al imputado	157
§ 95.	Reconocimientos que tiene que poseer el imputado, previos a su exposición	159
§ 96.	Intervención del defensor	161
§ 97.	Procedimientos prohibidos	163
§ 98.	Comunicación del contenido del acta	163

§ 99.	La indagatoria como acto necesario del proceso	164
§ 100.	Indagatoria en la tramitación del juicio oral	165
§ 101.	Audiencia especial del imputado ..	166
§ 102.	Nulidades específicas en los procedimientos de coerción procesal .	167

E) NULIDAD DE LOS ACTOS DE PRUEBA

§ 103.	Principio general. La prueba prohibida	168
§ 104.	Actos definitivos e irreproducible	168
§ 105.	Prestación de juramento	171
§ 106.	Excepciones	172
§ 107.	Casos especiales	172
§ 108.	Prohibición de declarar. Deber de abstención. Facultad de abstención	173
§ 109.	La regulación del Código Procesal Penal de Córdoba (ley 8123)	175
§ 110.	Ausencia legislativa de una sanción expresa de nulidad en caso de incumplimiento del deber de abstención	175
§ 111.	Secreto periodístico	176
§ 112.	Presencia del secretario. Examen autónomo	178
§ 113.	Designación y operaciones de los peritos	178
§ 114.	Reconocimientos	179
§ 115.	Careos	181

§ 116.	Interceptación de correspondencia y comunicaciones. Secuestro	181
§ 117.	Inspecciones y reconstrucciones ..	183
§ 118.	Registros y requisas	183
§ 119.	Valor de la prueba recibida en la instrucción	185

**F) NULIDADES ORIGINADAS EN DEFECTOS
DE LOS ACTOS DEL JUICIO**

§ 120.	Actos preliminares. Citaciones. Influencia sobre los actos de instrucción	186
§ 121.	Publicidad y oralidad del debate ..	187
§ 122.	Lecturas prohibidas, admitidas y ordenadas	188
§ 123.	Nulidad de la investigación suplementaria	190
§ 124.	Suspensión del debate y reanudación	191
§ 125.	Nulidad en caso de ampliación del requerimiento fiscal	192
§ 126.	Nulidad del debate por falta de documentación	194

G) NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES

§ 127.	Requisitos formales	196
§ 128.	Fundamentación de las resoluciones en general	197
§ 129.	Fundamentación de los autos	198
§ 130.	Nulidad de la sentencia	199

**H) DECLARACIÓN DE NULIDAD
EN LA FAZ RECURSIVA**

§ 131.	El recurso de nulidad	205
§ 132.	Nulidad de recursos especiales en la consulta del Código Procesal Pe- nal de Buenos Aires	206
§ 133.	Nulidad por casación	207
§ 134.	Nulidad en la sentencia de revisión	208

I) NULIDAD EN LAS EXCEPCIONES

§ 135.	Excepciones dilatorias	209
<i>Bibliografía</i>		211

CAPÍTULO PRIMERO

VALIDEZ E INVALIDEZ DE LOS ACTOS PROCESALES

§ 1. *NOCIÓN GENERAL*

Un acto es jurídico porque sus efectos están descriptos por el derecho, el que, a la vez, comúnmente lo define —expresa o implícitamente— requiriendo, para que aquéllos se produzcan, determinados elementos (requisitos) que atañen a los sujetos que lo realizan, al modo en que lo llevan a cabo, a las circunstancias de tiempo y lugar de ejecución. Esta noción —que distingue al acto jurídico del puro hecho con trascendencia jurídica—, común a todo el derecho, se ajusta con singular precisión al derecho procesal.

Acto válido es el que reuniendo todos los elementos o requisitos nominados por la ley, encuéntrase jurídicamente habilitado para producir los efectos que ella abstractamente le asigna a su especie; inválido es el que por defecto de tales elementos o requisitos está inhabilitado para lograrlos.

1. Creus, *Invalidez*.

§ 2. **TIPO DE ACTO Y TIPO PROCESAL**

La temática de la validez está, pues, directamente relacionada con la teoría general del tipo (más bien entendido en el sentido de “figura”). Y la de la invalidez de los actos procesales, por supuesto, también se relaciona directamente con la teoría del tipo procesal en cuanto éste es el que condiciona la eficacia para el proceso de los actos en él realizados.

Acto válido procesalmente (es decir, eficaz en orden al proceso) es el adecuado al tipo procesal, o sea el que se ha ejecutado reuniendo todos los elementos subjetivos (sujetos), instrumentales (medios) y modales (circunstancias) enunciados en su definición por la ley procesal. Sólo el tipo procesal es el que tiene que ser considerado en las referencias a la validez o invalidez de los actos del proceso; en principio –sin perjuicio de una particular relación que luego mencionaremos– nada tiene que ver con ello el debate sobre tipos del derecho sustancial¹.

Se trata, sin duda, de una manifestación de la misma teoría del tipo que se releva en el resto

¹ Por ejemplo, la sentencia que califica el delito de una manera distinta a la que propuso la acusación (aunque la defensa la haya aceptado), en tanto no importe reconocer circunstancias de hecho no reconocidas ni tenidas en cuenta por ella (que podrían fundar agravantes); “no afecta el derecho de defensa ni deriva en nulidad... si el juez se ha limitado a calificar de diverso modo una misma conducta respecto de la cual la defensa técnica no estuvo privada de referirse y realizar actos de defensa” (CPenal SFe, Sala II, 9/4/85, Zeus, 20-J-370).

del ordenamiento jurídico. En ese ordenamiento, el tipo siempre es la descripción de un actuar o de un omitir a los que se asigna determinadas consecuencias: la pena en el derecho penal, el surgimiento de derecho y obligaciones en el civil, las facultades inherentes al poder político en el constitucional o de policía en el administrativo, etcétera. Por lo general, la teoría del tipo puede circunscribirse con especiales características propias en cada una de esas áreas, aunque a veces desde una de ellas se trasciende a otras, como ocurre con las repercusiones que el tipo político (constitucional) puede alcanzar en el área del proceso, según se verá al hablar de la inexistencia².

§ 3. TIPO PROCESAL E INVALIDEZ

La noción de tipo procesal (abarcando los sujetos y los modos del acto) es el fundamento dogmático para delimitar la de invalidez procesal, ya que ella sólo puede originarse en un defecto *interno* del acto. Siempre se trata de un desacomodamiento entre el actuar y el omitir

² La relación de la teoría de la invalidez con la del tipo –con especial referencia a la nulidad– ha sido manifestada de manera terminante por PALLARES: “La nulidad procesal puede ser provocada por su desviación o apartamiento del tipo legal respectivo, sea en la propia estructura, sea en sus antecedentes” (cit. por RUBIANES, *Manual de derecho procesal penal*, t. I, p. 48), pero la idea está presente en la generalidad de la doctrina, aunque acudiendo a diferente denominación (p.ej., *patrón legal*, ALVARADO VELLOSO, *Presupuesto de la nulidad procesal*, LL, 1986-C-885 y siguientes).

llevado a cabo, y el abstractamente prefigurado en la ley. El defecto externo que se relaciona con las condiciones de eficacia (CARNELUTTI)³ en orden a los objetivos sustanciales del proceso, no dan lugar a dicha invalidez. De tal manera, un acto puede ser perfectamente válido en el proceso y fallar como elemento útil para las consideraciones de mérito de la sentencia (p.ej., un reconocimiento practicado en la instrucción observando todos los requisitos del tipo procesal, después que la autoridad policial lo realizó por sí en forma irregular).

Según se adelantó, el tipo procesal es la figura de acto formada por la ley con exigencias objetivas y subjetivas. Las primeras refieren a la estructura formal y finalmente procesal del acto: cómo tiene que ser y con qué sentido tiene que estar en el proceso y ser aplicado en él. Las segundas aluden al poder o facultad que posee una determinada persona para introducirlo en el proceso en el momento que lo hace⁴.

El acto es defectuoso cuando se desplaza o desacomoda en su ejecución respecto del mo-

³ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 110.

⁴ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 114 y 115. Para RUBIANES (*Manual de derecho procesal penal*, t. II, p. 148), “todos estos casos son de inobservancia de formas, de modo tal que en esta causal es dable fundar sanciones procesales, tomado el vocablo *sanción*, en sentido amplio, como la consecuencia perjudicial para quien no ha observado alguna de las formas procesales”; pero sin duda aquí la expresión *formas* hace alusión a la total estructura del tipo procesal, y la distinción apuntada en el texto no tiene otro destino que el de determinar a cuáles elementos de ese tipo pueden afectar los vicios del acto.

delo típico, sea por no responder a la estructura formal propuesta por él, por pretender aplicarlo a una finalidad no contemplada en éste (p.ej., en la actual sistemática del proceso penal vigente entre nosotros, determinar la pena de modo autónomo, en un acto distinto de aquel en el que se declara la responsabilidad penal del imputado, sólo dispuesto ahora para algún enjuiciamiento especial, como es el de menores y propuesto en el proyecto del Ejecutivo de 1987); por haber sido realizado por un sujeto no comprendido entre los que están facultados para hacerlo o que ha perdido esa facultad por haberla agotado; sea por haber realizado ya la actividad (p.ej., pretender ampliar la expresión de agravios en la etapa recursiva cuando ya la contraria ha contestado los que se produjeron), o por haber omitido su ejercicio durante el tiempo procesal legalmente fijado para ejercerla.

§ 4. ***PARTICULARIDADES DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS PROCESALES***

La noción de invalidez precedentemente expuesta puede atribuirse genéricamente a todo el derecho, pero en el procesal adquiere una particular configuración.

Por ejemplo, en el derecho civil la invalidez del acto puede llegar a impedir, desde su misma realización, la existencia de la relación jurídica atributiva de bienes, facultades o estados a una determinada esfera de intereses o persona, o puede impedirla para el futuro a partir de la

declaración jurisdiccional de la invalidez (actos nulos y anulables, efectos *ex nunc* y *ex tunc*). En el derecho procesal, la particular proyección que adquiere la invalidez no permite ambas modalidades de consecuencia del acto defectuoso; en él, la invalidez queda circunscripta a los fines formales del proceso; el acto inválido bloquea o entorpece la marcha hacia la *cosa juzgada* como solución definitiva del caso judicial, en cuanto objetivo de aquél, y por ello permite desechar los efectos del acto defectuoso sólo a partir de una expresa declaración jurisdiccional sobre ello, salvo, como veremos, cuando las hipótesis de invalidez ya no dependan del tipo procesal, sino del político, aunque sus consecuencias refieran al proceso.

§ 5. LA INVALIDEZ COMO SANCIÓN

La invalidez de los actos procesales ha sido considerada por la doctrina común, entre nosotros, como el contenido de la sanción por el incumplimiento del tipo procesal en la concreción del acto; pero se ha señalado que la nulidad y la inadmisibilidad no significan más que una crítica a la acción “llevada a cabo incorrectamente”, puesto que, perteneciendo el mundo de las normas procesales al de las normas potestativas y no al de las imperativas, no puede reconocérseles carácter de sanción. “Sanción—se dice— es la consecuencia prevista por la norma de deber para el comportamiento contrario a ella... La nulidad, al contrario, es una conse-

cuencia jurídica... expresa la inidoneidad de alguna acción para poder alcanzar las consecuencias jurídicas que se propuso el agente... opera a nivel del tipo... no tiene como objetivo el evitar aquellas actividades que las normas potestativas regulan o que quedan fuera de su regulación”⁵.

Estas distinciones, teóricamente correctas, no introducen una cuña dogmática definitiva en lo que hasta ahora se ha venido diciendo con vernácula terminología, en tanto se distinga el vicio del acto que da origen a su ineficacia y a ésta como la consecuencia jurídica, a la que se da el nombre de sanción, pero con un contenido conceptual distinto del que tiene, por ejemplo, en el derecho penal. Por otro lado, no creemos que exista una incongruencia teórica mayor en acudir a esa terminología, ya que las normas potestativas también configuran tipos y la consecuencia de su inobservancia puede ser concebida como *sanción* cuyo contenido final no es el

⁵ MAIER, *Función normativa de la nulidad*, p. 131, 132 y 135. Consecuencia de estas opiniones de MAIER puede ser la fórmula que emplea el proyecto del Ejecutivo de 1987 (art. 225) y que repite el proyecto de Guatemala de 1988 (art. 244), redactado por él y ALBERTO BINDER, obviando toda referencia a las *categorías* de invalidez para regular sus efectos prácticos en el proceso: “No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código”. Claro está que tal sistema de regulación puede proyectarse dogmáticamente con repercusiones que van mucho más allá de las de la actual regulación de las *sanciones procesales*, pero nos parece inconveniente extendernos ahora sobre el tema.

de evitar la actividad extratípica, sino impedir el efecto de la actuación.

§ 6. **PROGRESIÓN DE LOS VICIOS DEL ACTO.**
LA “MERA IRREGULARIDAD”

No todos los elementos de un acto procesal son requeridos por la ley con la misma intensidad en cuanto a su necesidad. Algunos de ellos sólo están destinados a uniformar los modelos formales para que permitan su inmediata distinción de otros, evitando –por ejemplo– dificultades o demoras en los proveimientos, pero no refieren a sus contenidos con relación a las finalidades básicas del acto en el proceso; tal puede ser el orden de las enunciaciones de una demanda (en sentido genérico de instamiento). Salvo una disposición en contrario de la ley que expresamente cambie la naturaleza del vicio, el incumplimiento de tales requisitos no desmerece la validez del acto.

Trátanse de *meras irregularidades* que pueden, en ocasiones, permitir al órgano jurisdiccional paralizar momentáneamente el proceso (requiriendo aclaraciones sobre el contenido del instamiento o disponiendo su corrección), pero que no llegan a malear el acto mismo hasta el punto que tenga que ser extirpado como sector de la secuencia procesal.

§ 7. **NULIDAD E INADMISIBILIDAD**

Esa trascendencia la asume la irregularidad del acto cuando ella puede impedir el cumpli-

miento de su finalidad en otras distintas hipótesis.

La mera irregularidad, pese a los defectos que introduce en el acto, no elimina la *individualidad procesal* de éste y, por ende, no entorpece sus repercusiones finales. En cambio, se dice que el acto es *nulo* cuando la incongruencia entre lo actuado y el tipo procesal es de tal magnitud que la individualidad final que éste asigna no aparece en aquél.

La nulidad, por tanto, arranca de un vicio del acto realizado que es suficientemente grave como para desubicarlo respecto del tipo procesal. Se la puede mentar como la característica negativa que lo priva de la eficacia que en el proceso el tipo atribuye al acto perfecto. Tanto por razones de tradición doctrinaria cuanto por el caudal de hipótesis que presenta, la nulidad es la razón de ser por excelencia de invalidez de los actos procesales.

A su lado, atendiendo a las numerosas menciones expresas de ella que trae la legislación, la doctrina ha relevado otra característica negativa del acto procesal cuyas consecuencias son asimilables a las de la nulidad: la *inadmisibilidad*. Inadmisibile es el acto que no puede ser propuesto en el proceso tal como lo fue; su defecto con relación al tipo procesal indica la imposibilidad jurídica de introducirlo en aquél. Aunque la similitud de los efectos puede llegar a enturbiar la motivación de una regulación general de la inadmisibilidad, independiente de la nulidad, algunas leyes así la han disciplinado

entre nosotros (Código Procesal de Santa Fe) y algunos proyectos la han propuesto (*Bases*, de CLARIÁ OLMEDO), aunque el último movimiento reformador (proyectos de Buenos Aires de 1989, del Ejecutivo de la Nación de 1987, códigos procesales de Córdoba –ley 8123– y de la Nación –ley 23.984–) sigue sin hacerlo.

Sin perjuicio de volver sobre la cuestión puede adelantarse que hay dos circunstancias que permitirían desconocer o estimar inconveniente esa autonomía: los defectos respecto del tipo procesal son los mismos en el acto inadmisibles que en el nulo y las repercusiones en el proceso se asimilan, pues uno y otro ven desechada su operatividad en la secuencia procesal. Teóricamente la línea de separación es nítida: en la nulidad el defecto es advertido cuando el acto defectuoso ya está insertado en el proceso y en la inadmisibilidad antes de que ello ocurra, desde que esa inserción sólo puede producirse mediante el acto de disposición de la autoridad encargada de criticar el acto⁶, quien, en esta hipótesis, lo hace negativamente. La constatación de la ineficacia se lleva a cabo, en principio, en momentos diferentes, puesto que si “la inadmisibilidad impide que los efectos se produzcan, la nulidad extirpa los efectos producidos”⁷, con lo que se puede decir que si la una previene, la otra es un mecanismo ablativo del acto atípico.

⁶ MAIER, *Función normativa de la nulidad*, p. 140 y 141.

⁷ CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 113.

§ 8. ***INEXISTENCIA DEL ACTO PROCESAL***

Cuando los defectos de tipo dan lugar a la declaración de nulidad o a la de inadmisibilidad que importan, respectivamente, la invalidación del acto o la advertencia de que es inválido, estamos ante un acontecimiento del *proceso en curso* o que se pretende que lo esté (p.ej., mediante el instamiento de una querrela que sea imperfecta).

Al culminar el proceso con el juzgamiento que alcanza firmeza no existen ya posibilidades de efectuar tales declaraciones. Aun los actos que hubiesen tenido que ser declarados inadmisibles y los afectados por los más graves vicios nulificantes, devienen en actos cuyos efectos se tornan permanentes sin poder ser atacados, desde el momento en que se da la vigencia de la cosa juzgada.

Pero hay defectos –que aunque originados en otros campos del derecho trascienden al procesal– que no sólo le quitan al acto los efectos *en el proceso*, sino cualquier efecto *para el proceso*: como acto procesal es jurídicamente inexistente. La nulidad e inadmisibilidad se engendran en vicios que conmocionan la identidad procesal del acto; la inexistencia se origina en vicios que desplazan su propia juridicidad en general. Es entonces que se habla de acto inexistente, que nunca produce efectos procesales, ni siquiera mediando la cosa juzgada,

porque su misma inexistencia la ha tornado imposible⁸.

Lo que acabamos de decir demuestra que si en otras disciplinas puede llegarse a debatir la distinción entre acto inexistente y acto nulo, al menos con relación a ciertas especies de nulidades (como las absolutas), en derecho procesal y especialmente en el procesal penal, aquella categoría puede ser imprescindible⁹. Un acto nulo, como dijimos, siempre ocurre en el proceso; un acto inexistente, aunque muestre una corporeidad en el procedimiento, es un acontecer desarraigado de aquél; es por ello que la cosa juzgada no puede funcionar para otorgarle existencia jurídica: es obvio que la sentencia dictada por quien no es juez es diametralmente diferente a la sentencia típicamente defectuosa dictada por quien es juez.

Una de las razones que se han dado para negar como categoría autónoma a la inexistencia es, precisamente, que el acto “ya se encuentra en el proceso” (CLARIÁ OLMEDO) –lo que terminamos de negar– y que, por consiguiente, el único

⁸ Circunstancia que la doctrina italiana subraya para justificar la autonomía de la disciplina de la inexistencia (ver LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, p. 687).

⁹ Es un fenómeno suficientemente constatado la tendencia de la doctrina procesal civil hacia la desacralización de la cosa juzgada; pero se aprecia en parte de ella reticencias para trabajar en la dimensión de la inexistencia, prefiriendo –por ejemplo, para superar la rigidez de aquélla– alegar la invalidez “masiva” del proceso, lo que admitiría cuestionarla en otro proceso de carácter declarativo (ver ALVARADO VELLOSO, *Presupuestos de la nulidad procesal*, LL, 1986-C-887).

remedio para quitarlo de él es declararlo nulo. Sin embargo, la inexistencia es una “categoría perteneciente a otro mundo”¹⁰, que no es el del proceso y, por tanto, *no existe en él*: el acto nulo es un acto que existe en el proceso, del que puede desaparecer, como puede que su viabilidad se afirme definitivamente; el acto inexistente nunca existió en el proceso y ningún acontecimiento podrá dotarlo de validez¹¹.

¹⁰ MAIER, *Función normativa de la nulidad*, p. 141.

¹¹ La doctrina procesal civil, con las excepciones apuntadas, ha puesto de manifiesto el interés práctico de construir una disciplina autónoma del acto inexistente. Sostiene PALACIO que “mientras la sentencia afectada de nulidad es susceptible de convalidarse al tener lugar la preclusión o renuncia de las impugnaciones que caben contra ella, la sentencia inexistente carece de toda posibilidad de pasar en autoridad de cosa juzgada, y, si fuere necesario, puede ser objeto de impugnación sin límite temporal alguno, incluso mediante el ejercicio de una simple pretensión declarativa de su inexistencia” (PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, p. 388). Sobre esta cuestión ver los trabajos de HITTERS y de GARCÍA, citados en la bibliografía.

Entre los procesalistas penales argentinos, VÁZQUEZ ROSSI (*Curso de derecho procesal penal*, p. 77 y 78) se pronuncia por disciplinar autónomamente el acto inexistente, invocando la autoridad de LEONE. TORRES (*Nulidades en el proceso penal*, p. 174) participa del criterio de CLARÍA OLMEDO, aunque por razones prácticas.

Conviene advertir que no es posible catalogar entre los tratadistas que “no aceptan el acto inexistente” a quienes se limitan a señalar que éste se encuentra en una “dimensión distinta de la nulidad” (ver MAURINO, *Nulidades procesales*, p. 23 y 24).

Una cuidada noticia sobre el debate en la doctrina civil y procesal la proporciona RODRÍGUEZ, *Nulidades procesales*, p. 36 y siguientes.

§ 9. **IRREGULARIDAD. INEFICACIA. INVALIDEZ.**
UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En los grados de los defectos de los actos procesales hallamos también un orden de resultados que nos permitirá superar ciertas confusiones terminológicas.

La mera irregularidad consiste en un acto típicamente imperfecto en cuanto a su estructura formal, que no acarrea ni su invalidez ni su ineficacia para integrar la secuencia procesal.

La nulidad y la inadmisibilidad refieren a un acto típicamente defectuoso que puede ser ineficaz, pero que no es inválido en sí mismo en tanto no medie una expresa declaración jurisdiccional, que puede no producirse (subsunción, incluyendo la constituida por la cosa juzgada). El acto nulo o inadmisibile al ser declarado inválido en el proceso se torna ineficaz para él.

El acto inexistente es inválido en sí mismo. Prácticamente de él nunca puede decirse que sea eficaz o ineficaz para el proceso, simplemente no existe en el proceso, nunca estuvo en él jurídicamente; su corporeidad material es pura mecánica sin sentido procesal.

En el acto nulo la ineficacia es el resultado de su invalidez (CLARÍA OLMEDO); la invalidez propia del acto inexistente no puede originar su ineficacia para el proceso desde que nunca estuvo en éste.

Como en cualquier otra, también en esta materia la unidad (congruencia) del ordena-

miento jurídico impone principios comunes en todos los sectores del derecho, por lo que “no puede ser válido en una esfera (proceso penal) lo que no lo es en otra (proceso civil)”¹², pero siempre que estén comprometidos los mismos tipos procesales (p.ej., los referidos a la personería para reclamar una indemnización por el hecho ilícito); cuando ellos son distintos las soluciones pueden ser divergentes (p.ej., una nulidad que en el juicio civil puede quedar subsanada por el silencio del interesado puede convertirse en una nulidad declarable de oficio –y como tal insubsanable de ese modo– en el proceso penal).

En tiempos pasados existió una tendencia a conformar una regulación común para la nulidad en el proceso civil y en el proceso penal, tendencia que hoy se ha revertido. Aquella tendencia se advertía en la omisión de los antiguos códigos de procedimientos criminales de la correspondiente regulación. Ello ha ocurrido entre nosotros en la esfera nacional donde la tendencia se quebró con la ley 23.984 y en el derecho comparado en sistemas que exhiben una gran resistencia al cambio, como ha ocurrido en el chileno, en el cual la ley 18.857 de 1989 ha regulado específicamente la nulidad en el Código Procesal Penal, aunque reservando, expresamente, la regulación procesal civil como derecho subsidiario¹³.

¹² CPenal SFe, Sala I, 24/6/77, Zeus, 13-J-110.

¹³ SALAS VIVALDI, *Los incidentes y en especial el de la nulidad en el proceso civil y penal*, p. 204 y siguientes.

CAPÍTULO II

LAS NULIDADES EN EL SISTEMA LEGISLATIVO DEL PROCESO PENAL

A) CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA NULIDAD

§ 10. CONCEPTO GENERAL DE NULIDAD

Recapitulando lo expuesto puede concluirse que los actos procesales son actos típicos que producen los efectos que la ley les atribuye en cuanto se realizan adecuándose al esquema por ella configurado, y que cuando se consuman de modo imperfecto, sin esa adecuación, pueden devenir en nulos.

La nulidad aparece, entonces, como amenaza que pende sobre actos defectuosos, que se resuelve en su ineficacia procesal y que por ello es mirada como sanción por la doctrina más común. Es, en sí, la consecuencia de la “omisión de una forma o de un requisito legalmente necesario” para la validez del acto, o sea los que atañen a su “estructura material”, “a la capacidad del que ejecuta”, “a la intervención necesaria-

ria de ciertas personas” o “al resguardo de la situación procesal de los interesados”¹.

§ 11. **DIFERENCIAS CON EL MECANISMO
DE LA NULIDAD EN OTROS SECTORES**

Pero a diferencia de lo que pasa en otros sectores –como lo hemos adelantado– nunca esa ineficacia se suscita *ope legis*, sino indispensablemente por la declaración judicial de la nulidad, lo que implica que el acto imperfecto, en tanto ello no ocurre, está surtiendo los efectos procesales del acto perfecto, aunque con viabilidad precaria, pues depende de dicha declaración; si ella no se produce en el tiempo procesal legalmente debido, tal precariedad desaparece y se afirma su viabilidad desde que el acto deja de ser impugnabile por su vicio de atipicidad. Se dice entonces que la nulidad ha quedado *subsanada*.

§ 12. **CARACTERÍSTICAS DE LA NULIDAD PROCESAL**

Subrayamos, pues, esta característica de la nulidad procesal, que la distingue de la regulada en las ramas del derecho sustancial. En derecho procesal el aforismo “lo que es nulo ningún efecto produce” es, en principio, inaplicable a

¹ NÚÑEZ, *Código Procesal de la Provincia de Córdoba. Anotado*, p. 139. Una completa enunciación de las opiniones sobre la noción de nulidad puede verse en MAURINO, *Nulidades procesales*, p. 111 y siguientes.

cualquier hipótesis de nulidad. Aunque la declaración de nulidad retrotrae sus efectos al nacimiento mismo del acto nulo —que es también la característica del acto nulo en el derecho civil—, desde el ángulo de la necesidad de la declaración jurisdiccional no existen procesalmente actos nulos, sino que todos son anulables: la nulidad procesal necesita siempre ser declarada para que el acto sea reconocido como no válido, por tanto ineficaz, y deje de producir los efectos del acto típico, extinguiéndose retroactivamente los que estuvo produciendo hasta ese momento. En el derecho civil, el acto anulable puede haber producido efectos que permanecen pese a la declaración de nulidad, pero tal cosa no ocurre en derecho procesal, según dejamos dicho.

Eso pasa aun en las llamadas nulidades procesales *absolutas* que no condicionan actos nulos en el concepto civil de los mismos, pues además de poder ser saneadas por la cosa juzgada del vicio que contienen, pese a la declaración de su nulidad, en algunos supuestos pueden ser rectificadas o renovados adecuándolos al tipo procesal.

Esa autonomía conceptual de la nulidad procesal, signada por sus especiales características, la separa de los principios provenientes del derecho sustancial, cuya inserción en aquélla no hace sino confundir sus líneas maestras. Advertencia ésta aparentemente obvia, pero que no está de más porque en algún momento los tribunales han echado mano de la doctrina

sobre nulidades civiles para resolver las procesales, lo que hizo necesario declaraciones expresas en contrario².

§ 13. **CRITERIO TELEOLÓGICO EN LA CONSIDERACIÓN DEL VICIO DEL ACTO COMO FUNDAMENTO DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD**

El criterio del arbitrio judicial (sistema judicialista) para estimar la incidencia del defecto del acto en orden a la nulidad, fue reemplazado en la posterior evolución de los sistemas por la reducción de las hipótesis de declaración de nulidad a las previstas taxativamente por la ley, en normas específicas o en disposiciones genéricas (sistema legalista), pero últimamente este criterio se completa con el que puede ser una revivificación parcial de aquel arbitrio –aunque relativizado– en torno a la consideración de las finalidades del acto.

Coincide la doctrina en que la base fundamental de la estimativa de finalidad es el funcionamiento de la garantía general del debido proceso, es decir “garantizar un proceso regular y legal ante un juez natural, que no altere la defensa en juicio de la persona o de los derechos”³,

² “Los actos procesales son actos jurídicos, pero no deben confundirse con los actos jurídicos que reglamenta el Código Civil. La nulidad de los procedimientos debe juzgarse a la luz del Código de forma” (“Jurisprudencia de Mendoza”, 25-640, cit. por BERNALDO DE QUIRÓS - RODRÍGUEZ, *Nulidades en el proceso penal*, p. 55).

³ CLARIA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 126.

en lo que está comprendida la garantía de aplicación de las normas no procesales que consagran derechos para los sujetos del proceso. Así la jurisprudencia ha declarado que “trasciende la mera irregularidad y convierte en nula la sentencia que pone fin a un proceso en el que, por no haberse observado las reglas de conexidad que obligaban a un pronunciamiento unitario de distintas causas, se impidió la aplicación del beneficio de la condenación condicional (art. 26, Cód. Penal)”⁴.

Con todo es preciso aportar un mejor orden en las consecuencias que el criterio teleológico puede alcanzar en la dimensión de la nulidad. En algunos códigos –como después veremos–, la consecución de la finalidad del acto se presenta como circunstancia de subsanación del defectuoso; en ellos lo que se podría debatir es si la nulidad no subsanable en el curso del proceso puede ser declarada *aunque* el acto haya cumplido su finalidad. En otros –como pasa en el Código Procesal de Santa Fe– la circunstancia de que “el acto no hubiere alcanzado su

⁴ CPenal SFe, Sala I, 4/10/74, *Zeus*, IV-J-131. Por el contrario, se ha declarado válida la sentencia –pero corrigiéndola– que condena por dos hechos, la prueba de uno de los cuales ha decaído por haberse declarado nula su adquisición, desde que el tipo penal correspondiente a ese hecho tendría que haber quedado consumido, en una relación de concurso aparente, por el tipo correspondiente al otro hecho que se encontraba idóneamente acreditado (CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 59:379), puesto que entonces se cumplen las finalidades del acto procesal (la sentencia) eliminando todo interés en la declaración de su nulidad.

fin con respecto a todos los interesados” (art. 161) es un presupuesto necesario de la declaración de nulidad en cualquier caso, incluyendo las nulidades absolutas insubsanables en el proceso y sólo superables por la cosa juzgada; en este sistema, la nulidad únicamente podrá declararse cuando el acto, además de estar desacomodado estructuralmente con respecto al tipo procesal, no alcanzara a cumplir las finalidades que explícita o implícitamente le asigna el derecho. Podemos afirmar, en otras palabras, que el desajuste del acto con el tipo “debe impedir que... logre la finalidad a que estaba destinado” (PALACIO), con lo que se indica que aquella característica y esta consecuencia tienen que unirse en una relación de antecedente a consecuente: es el defecto del acto el que tiene que impedir que el mismo logre su finalidad; si el acto dejó de cumplir su finalidad por causas que nada tienen que ver con ese defecto, éste no podrá fundamentar la declaración de nulidad; pensar lo contrario importaría un regreso al régimen formalista (ritualista). Tampoco podrá fundamentar la declaración de nulidad de un acto que cumple la finalidad prevista por la ley, la circunstancia de que en él se haya interpolado un acto distinto de modo incorrecto, sin perjuicio de la repercusión que ello puede tener sobre la estimativa de mérito⁵, pero sí

⁵ “El reconocimiento de personas practicado durante el desarrollo de un acto procesal dispuesto con distinta finalidad –en el caso se trataba de un careo– no produce la nulidad de este último, sin perjuicio de su incidencia en el des-

es nulo, desde luego, el acto que tiene como consecuencia trasladar a él los fines que el tipo procesal asigna a actos de distinta índole cuando se lo introduce en el proceso⁶.

Aun en los otros sistemas que hemos referido, en que la consecución de la finalidad del acto se prevé como simple sanatoria, la doctrina le ha negado esa naturaleza y afirmado su constatación con el vicio como causa de nulificación, alcanzando idénticas soluciones⁷ que, sin duda, es lo que mejor cuadra en la evolución contemporánea del sentido de la nulidad.

§ 14. **ACTOS QUE PUEDEN SER DECLARADOS NULOS.**
LOS ACTOS DEL SUMARIO DE PREVENCIÓN

Antes de comenzar el análisis de la regulación de las nulidades en los elencos legales,

merecimiento de la prueba que el mismo podría constituir con relación al hecho juzgado" (CPenal SFe, Sala I, "Autos", 50:161) y de que aquel reconocimiento "no pueda considerarse prueba racionalmente apta para generar la certeza del convencimiento de la autoría" (ST ERíos, Zeus, 11-J-173).

⁶ Aunque en el caso la declaración de inadmisibilidad previno una eventual declaración de nulidad, puede servir de ejemplo el resuelto por la CPenal SFe, Sala I, "Autos", 49:472: "Es inadmisibile la pretensión de la parte de una querrela por delito de acción privada de que se valore como prueba documental un acta notarial en la cual se han volcado respuestas de un testigo ofrecido por la contraparte, respondiendo a preguntas dirigidas por el abogado de la primera sobre los hechos, en el curso de una conversación privada. La testimonial no puede ser convertida en documental al margen de los procedimientos previstos por la ley para recibir y documentar aquélla".

⁷ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 126.

conviene dilucidar esta cuestión, puesto que ella tiene importancia en su teoría general.

En principio, dándose los presupuestos de la declaración de nulidad, cualquiera de los actos producidos en el proceso puede ser objeto de ella. Pero se constata una corriente jurisprudencial que niega la procedencia de la declaración respecto de los actos practicados en el sumario de prevención por la policía actuando en función judicial. Lo hizo la Cámara 8ª de Córdoba (sentencia del 12/11/73), aduciendo el carácter preprocesal de tales actos (o sea, considerando que estaban fuera del proceso) y advirtiendo que, de todos modos, los mismos quedaban sujetos a las reglas de la sana crítica en la estimativa de mérito del juez o tribunal. La Cámara Federal de Mendoza (sentencia del 20/10/75)⁸ decidió que "no es nulo el acto inicial de la policía, como tampoco las actuaciones posteriores relacionadas con él, porque el art. 197 del Cód. de Proc. en Materia Penal de la Nación abre el cauce para la ratificación de lo actuado en el sumario en la etapa judicial, por lo que va de suyo que la invalidación no se opera de plano sino que el acto es susceptible de ser convalidado" (la cita legal es del Código derogado).

La doctrina ha puesto de relieve la confusión que aportan estas soluciones. En primer

⁸ BERNALDO DE QUIRÓS - RODRÍGUEZ, *Nulidades en el proceso penal*, p. 87. El argumento de que se trata de actos preprocesales fue empleado también por la CPenal SFe, Sala I, "Fallos", 45:77.

lugar, el sumario de prevención es, cuando menos, un procedimiento que ingresa en el proceso; en segundo lugar, la circunstancia de que esos actos puedan ser convalidados o rectificadlos (lo que en la práctica puede no ocurrir) son circunstancias que en el régimen de las nulidades operarían como sanatorias, pero no como factor de expurgación *ab initio* del vicio en cuanto productor de nulidad y obstáculo para su declaración; en tercer lugar, el hecho de que el juez o tribunal pueda examinar el acto al decidir sobre el mérito –según las prospecciones de la sana crítica– no supera la razón de ser de la necesidad de declarar la nulidad, desde que esa declaración procura como efecto, precisamente, que el acto no alcance validez para ser meritado en la decisión jurisdiccional⁹. Además, si se tiene presente la trascendencia de algunos de esos actos (como la denuncia) respecto de la misma acción penal, la inexactitud de la solución criticada –que hasta parece reducir los actos del sumario de prevención a simples hechos jurídicos– se torna aún más manifiesta.

Otra cosa distinta es afirmar que la nulidad de tales actos sólo puede ser alegada y declarada cuando los mismos ya están incorporados al “sumario judicial”¹⁰. Sin embargo, aparente-

⁹ Ya vimos que es éste el camino de la descripción de la nulidad por parte del proyecto del Poder Ejecutivo de 1987 (art. 225).

¹⁰ NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, p. 139 y 140.

mente no habría motivo alguno que impida a la parte afectada demandar la nulidad pidiendo el avocamiento del juez a tales fines, desde que ello haría a las garantías de la defensa en juicio.

La tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema, atendiendo a los fundamentos de algunas sentencias (como la del caso “Montenegro”), aunque no resuelve el punto, sería la de inclinarse hacia el rechazo de la exclusión de esos actos del régimen general de las nulidades, al menos considerando sus defectos como origen de nulidades de actos propiamente jurisdiccionales, como el procesamiento y la sentencia.

Lo dicho nada tiene que ver con la circunstancia de que el acto de la prevención, sin ser en sí nulo, resulte imperfecto, impidiendo o entorpeciendo la averiguación de los hechos para que el juez pueda alcanzar *probabilidad o certeza* sobre ellos.

B) ESPECIES DE NULIDADES PROCESALES

§ 15. LA DOBLE CLASIFICACIÓN

Comúnmente se mencionan dos categorías de nulidades procesales penales: la primera, dependiente de la forma de determinación legal de los supuestos de nulidad, de su específica tipificación en hipótesis circunscriptas a concretos actos o de una tipificación genérica, abarcativa de una pluralidad de ellos; la segunda, subordinada al distinto régimen de oposición y declara-

ción o, en otras palabras, a los límites de la posibilidad de manifestar la nulidad para que ella produzca sus efectos típicos.

§ 16. *NULIDADES ESPECÍFICAS*

En el primer grupo hallamos las nulidades que podemos denominar *específicas* y las *generales*, o de *orden general*, o de *carácter general*. En las específicas rige con rigor la regla de *especificidad-taxatividad* que hoy asume carácter de principio sistemático (sistema legalista), según el cual el defecto de un acto procesal, que lo desplaza del tipo, únicamente permite declarar la nulidad cuando ésta ha sido prevista de modo expreso por la ley para dicho acto defectuoso. Como principio del régimen general de las nulidades procesales penales sólo aquellos actos que no responden a los requisitos exigidos por el tipo *bajo expresa sanción de nulidad* (p.ej., nulidad de la indagatoria recibida bajo juramento, art. 319, Cód. Proc. de Santa Fe) pueden ser declarados nulos para tornarse inválidos y, como tales, ineficaces en el proceso.

Dicho principio se encuentra consagrado en la mayoría de los regímenes procesales argentinos mediante una fórmula prácticamente común: "Los actos procesales serán nulos cuando no se hubieren observado las disposiciones prescriptas bajo pena de nulidad" (art. 470, Cód. Proc. de Córdoba; art. 115, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 168, Cód. Proc. de Entre

Ríos; art. 158, Cód. Proc. de Río Negro, y art. 184, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–)¹¹. Los códigos procesales de la Nación (el texto derogado) y de Buenos Aires no contienen una norma similar, siendo evidente que participan de un sistema predominante judicialista; tanto es así que la doctrina, ante disposiciones que consagran taxativamente la nulidad en hipótesis determinadas, piensa que se trata de nulidades declarables de oficio y absolutas¹², pero el art. 166 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación –ley 23.984–, sigue el sistema de la mayoría de los códigos provinciales: “Los actos procesales sólo serán nulos cuando no se hubiere observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad”¹³.

Pero esa regla de especificidad y la terminante fórmula con la que se encuentra consagrada reafirmando el sistema legalista, no consagra un principio tan absoluto al extremo de llegar a constituir una cesura con el régimen de las nulidades relevable en el resto del ordenamiento jurídico. La limitación de aquélla a los defectos de requisitos exigidos en los propios códigos de forma, no excluye del funcionamiento en el proceso penal a las nulidades

¹¹ Abandona, sin embargo, el principio de especificidad consagrado de esa manera el art. 225 del proyecto del Poder Ejecutivo de 1987.

¹² RUBIANES, *Manual*, t. II, p. 154 y 157.

¹³ EDWARDS, *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación*, p. 163 y 164; DONNA - MAIZA, *Código Procesal Penal y leyes complementarias*, p. 172 y 173.

que pueden encontrarse consagradas –también de modo taxativo– en otras normas “procesales” contenidas en el derecho de fondo (p.ej., art. 95, Const. de Santa Fe, y art. 26, Cód. Penal, según ley 23.057, aunque a nuestro criterio reducida a la competencia de los tribunales de la Nación), o de las que pueden inferirse de ellas (p.ej., art. 72, Cód. Penal)¹⁴. Porque –sin perjuicio de lo que agregaremos al tratar las nulidades llamadas virtuales o implícitas– se advierte que esas normas contenidas en las leyes de fondo cumplen ellas mismas con el principio de *especificidad-taxatividad*, o aunque fuere implícitamente, crean tipos procesales o complementan los de los códigos de forma, con lo que las nulidades por ellas referidas quedan insertadas en el régimen general de las procesales penales.

§ 17. *NULIDADES GENERALES*

Son las originadas en defectos enunciados por la ley en una disposición genérica, aplicable a cualquier acto que presente tales defectos, aunque no estén específicamente previstos como causales de nulidad en la regulación particular de dicho acto. Si considerásemos la exigencia de *especificidad-taxatividad* como principio del sistema, ellas vendrían a constituir una suerte de excepciones al mismo.

¹⁴ NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, p. 140 y 141.

Existe una enumeración de estas nulidades prácticamente común a todos los elencos legislativos (que ahora sigue el Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, art. 167), que nominan como vicios con trascendencia nulificante los que refieren al nombramiento, capacidad y constitución del juez o tribunal, a la intervención del ministerio fiscal en el proceso, tanto como representante del Estado en la promoción de la acción, cuanto a su intervención en particulares actos del proceso dispuesta especialmente por la ley y a la intervención y representación del imputado en aquél.

§ 18. ***NULIDADES GENERALES RELACIONADAS
CON EL NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES***

Además de que alguna doctrina trata de manera indistinta y sobre iguales bases argumentales, lo atinente al nombramiento y a la capacidad, la determinación de cuáles son los vicios que pueden suscitar esta nulidad de orden general no ha sido del todo aclarada.

Dice CLARIÁ OLMEDO que el *nombramiento* “capacita el complejo procedimiento administrativo previsto para la designación de los jueces” con exclusión de las “condiciones abstractas” (se entiende que requeridas para el nombramiento). Los vicios, pues, tendrán que constatarse con referencia a los modelos legales de procedimiento para el nombramiento de los jueces, tanto de orden constitucional cuanto contenidos en las leyes orgánicas.

En dichas normas se regulan los requisitos para ser propuesto y designado (edad, título, antigüedad en el ejercicio profesional, etc.) y el procedimiento administrativo propiamente dicho para el nombramiento (proposición, acuerdo legislativo, designación, juramento). En otros términos, regulan no sólo la mecánica del acto administrativo, sino también los requisitos que tiene que reunir el sujeto al que se nombra.

Según ello las "condiciones abstractas" (excluidas) quedarían reducidas a ciertas cualidades objetivas del designado o dependientes de su personalidad (categoría de sus conocimientos técnicos, corrección u honestidad en la vida pública, etc.); tal parece ser la idea de los comentaristas del Código Procesal de Santa Fe (ITURRALDE, BÜSSER, CHIAPPINI) cuando citan como ejemplos las normas constitucionales determinantes del procedimiento de designación, cuanto aquéllas y las de las leyes orgánicas que enuncian requisitos referidos a la persona a designar.

Pero en tren de exclusiones, NÚÑEZ¹⁵ parece ir más allá cuando sostiene que los vicios nulificantes refieren a las formas de nombrar al juez y que "no existe nulidad por la inobservancia de las condiciones requeridas para poder ser nombrado", puesto que el Poder Judicial "no puede controlar y revisar la legitimidad en sí misma de los actos realizados por los otros po-

¹⁵ NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, p. 143.

deres del Estado en ejercicio del poder político”. Trátase en realidad de la explicitación del pensamiento de MANZINI: “La falta de requisitos para la capacidad de adquisición de la calidad de juez no produce nulidad si el nombramiento ha sido formalmente regular y mientras no sea revocado por autoridad competente”. Sin embargo, es hora de admitir que ya no se puede negar la procedencia del control jurisdiccional de legalidad del ejercicio del poder político en tanto no signifique inmiscuirse en los criterios de oportunidad anejos a ese ejercicio; además reconocer la validez del acto formal de designación de quien no posee los requisitos legalmente exigidos para ejercer el cargo es una consecuencia inaceptable, sobre todo teniendo presente que ello puede importar la comisión de un delito de la autoridad que nombra o bien de quien acepta ser nombrado. Tendríamos entonces un delito que produciría efectos válidos en la misma esfera de bienes jurídicos que él ataca.

§ 19. *CAPACIDAD DEL JUEZ*

También repitiendo palabras de MANZINI se dice que el vicio nulificante sólo refiere a la “capacidad de ejercicio” y no comprende la “capacidad en abstracto” que sería el conjunto de condiciones requeridas en el sujeto para el nombramiento regular, lo que, en realidad, más que a la *capacidad* refiere al *nombramiento*, tema que acabamos de explicar.

En cuanto a la capacidad propiamente dicha se distingue la *genérica* —que puede com-

prender a la capacidad física o intelectual, aunque algunos insertan en ella disposiciones que hacen al nombramiento como acto complejo de habilitación para el ejercicio del cargo: tal el juramento— de la *específica*, en la que se diferencia la *objetiva* —dentro de la que parte de la doctrina ubica las reglas de competencia, a lo que luego nos referiremos— de la *subjetiva* —en la que se consideran las reglas de incompatibilidades y las exigencias de residencia—.

No es fácil entender la inserción, entre los vicios nulificatorios de carácter general, de los defectos de tal capacidad específica subjetiva: el acto de un juez que se encuentra en una situación de incompatibilidad o que carece de residencia en el lugar de sus funciones es, antes que causal de nulidad en el proceso —salvo que ambas contingencias estén específicamente previstas como tal—, causal de separación del cargo. Las normas que mencionan la separación del juez del proceso son las contenidas en el capítulo destinado a la excusación y recusación, y éstas, en todo caso, sólo podrían dar origen a nulidades de otro carácter, pero no se tratarían de las de orden general¹⁶.

¹⁶ La jurisprudencia ha excluido las normas sobre separación del juez de aquellas cuya inobservancia pueden dar origen a nulidades de orden general. Aunque resolviendo en un sistema en que toda nulidad general era declarable de oficio y absoluta, la CPenal SFe, Sala I, sostuvo que “el hecho de que el juez no se haya excusado cuando debió hacerlo no es causa de nulidad de orden general por lo cual la anormalidad es susceptible de ser subsanada” (“Fallos”, 44:168).

La inclusión de la inobservancia de las reglas de competencia como defecto motivador de una nulidad de orden general por falta de capacidad específica objetiva, es tema debatido. Si pensamos que, en resumidas cuentas, la “capacidad” apunta a la *capacidad para ejercer la jurisdicción en el proceso*, que el juez incompetente estaría incapacitado para ese ejercicio en el concreto supuesto de que se trate, sería ilógico excluir aquella inobservancia como motivo de nulidad general. No convence la opinión que sostiene que el acto realizado por el juez incompetente no es nulo, fuera, claro está, de las hipótesis en que expresamente la ley consagra su validez (p.ej., los actos de instrucción realizados por el juez que se declara incompetente). CLARÍA OLMEDO¹⁷ introduce las reglas de competencia entre los tipos procesales cuyos defectos dan pie a nulidades de orden general. Se invoca como doctrina contraria la de NÚÑEZ¹⁸ cuando él —anotando la ley ritual cordobesa— en verdad no niega esa conclusión, aunque considera que no se trata de una nulidad regida por la norma genérica del capítulo de las nulidades, sino que ella se deduce de las reglas específicas sobre la competencia (p.ej., art. 63, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 30, Cód. Proc. de Santa Fe); cabe aclarar, sin embargo, que si tales normas

¹⁷ CLARÍA OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, t. IV, p. 207, 208 y *pássim*.

¹⁸ NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, p. 142 y 143.

no existiesen la aplicación de la norma genérica se tornaría indispensable. Así lo ha considerado la jurisprudencia santafesina que trata la competencia como materia que se adscribe a la capacidad de ejercicio del juez¹⁹. Además, el Código de Catamarca (art. 140) consagra taxativamente como nulidad de orden general la inobservancia de las reglas de competencia, de la que sólo se excluyen a los actos irreproducible y a los realizados por un juez de competencia más amplia respecto de la que posee el que le hubiese correspondido legalmente intervenir.

§ 20. *CONSTITUCIÓN DEL JUEZ O TRIBUNAL*

Refiere al regular establecimiento del juez o tribunal para ejercer concretamente la jurisdicción en un caso determinado: la actuación del fedatario en las audiencias; la intervención en los actos del tribunal colegiado de todos sus integrantes o del número que la ley autorice, salvo los casos de “representación” de aquél legal-

¹⁹ “La incompetencia asume significado en orden a la capacidad del juez para intervenir en el proceso y, por tanto, no se subsana por la inercia de los representantes del ministerio público, ni por el silencio que al respecto ha guardado la defensa. Se trata de un vicio que acarrea nulidad pronunciable de oficio, la que cumple, en el caso, su verdadera función de limpieza de gruesos errores judiciales y no viola el art. 414 del Cód. Proc. Penal, puesto que reenvía el proceso a debate sobre un delito menos grave” (CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 51:148, y Zeus, 4-J-131).

mente prevista (p.ej., intervención de uno solo de los jueces del tribunal colegiado en ciertos actos de prueba, como las constataciones); la integración del tribunal con jueces que por cualquier causa han sido separados del proceso, etc.; defectos que dan origen a nulidades absolutas en cuanto se considera que importan violaciones de las garantías de la defensa en juicio²⁰.

§ 21. **INTERVENCIÓN Y PARTICIPACIÓN
DEL MINISTERIO FISCAL**

Refieren al regular ejercicio de la acción penal y a la intervención de sus funcionarios en todos los actos en que la ley la dispone, aunque no integre aquel otro cometido. Desde luego que la regular composición del ministerio queda incluida.

§ 22. **INTERVENCIÓN, ASISTENCIA Y REPRESENTACIÓN
DEL IMPUTADO**

La intervención refiere, en general, al correcto ejercicio del derecho de defensa y comprende todas las normas que tienden a asegurarlo en la medida deducible de la garantía constitucional²¹. La asistencia hace al aspecto

²⁰ CFed Mendoza, citado por BERNALDO DE QUIRÓS - RODRÍGUEZ, *Nulidades en el proceso penal*, p. 89.

²¹ Por ejemplo, "es nula la sentencia en la que se ha omitido considerar una articulación defensiva formulada por el

técnico de la defensa, al nombramiento e intervención del defensor; se trata, pues, de la intervención legal del imputado en el proceso. Es por eso que se sostiene que la expresión *representación* debe entenderse en la norma como referida a la legalmente necesaria para el imputado en casos determinados (p.ej., para el imputado incapaz), no a la defensa considerada en las anteriores enunciaciones.

§ 23. *SITUACIÓN DE PARTES DISTINTAS DEL IMPUTADO*

La generalidad de los códigos argentinos, siguiendo el modelo italiano de 1930, sólo menciona “la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece” (art. 171, Cód. Proc. de Córdoba; art. 116, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 170, Cód. Proc. de Entre Ríos; art. 150, Cód. Proc. de Neuquén; art. 159, Cód. Proc. de Río Negro; art. 162, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 187, Cód. Proc. de la Nación, ley 23.984, etcétera). Como vimos, en lo fundamental trátase de un aspecto

representante de la defensa... que puede resultar fundamental para el resultado del fallo” (CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 59:386).

El principio naturalmente se extiende a la garantía de la defensa respecto de las sanciones procesales: “Si el abogado, al plantear la revocatoria de la resolución que le impuso una sanción procesal, trae elementos para justificar sus omisiones, que el juez no considera al rechazar aquélla, dicta él mismo una resolución nula por violar el principio de defensa” (CPenal SFe, Sala I, “Autos”, 50:415).

de la regulación procesal de la garantía de la defensa en juicio.

Obviamente esta última es patrimonio de otras partes que intervienen en el proceso, como las que integran la relación de la acción civil y el querellante. La circunstancia de que la ley no las mencione en la norma antes transcrita, ¿excluye los defectos de su intervención necesaria en el proceso, según los términos de la ley, como causa de nulidades generales? La cuestión no ha dejado de plantearse y para resolverla la reforma italiana de 1988 agregó, al regular las nulidades genéricas, la enunciación de los vicios atinentes a la intervención de las partes civiles y los relativos a la citación a juicio del querellante y de la persona ofendida (la que adquiere una particular entidad procesal en esa legislación).

En el actual estado de nuestra legislación y aunque ello podría plantear reparos desde el punto de vista del principio que rige la interpretación de las normas que tipifican nulidades (prohibición de su extensión analógica), la doctrina salva la situación del querellante en base a la consideración de que éste ocupa el lugar del ministerio público en los procesos penales por delitos de acción privada, o forma unidad con él cuando se permite su actuación conjunta.

Pero tales argumentos no son válidos cuando se trata de las partes civiles. Además, en virtud del principio de accesoriedad que rige la acción civil insertada en el proceso penal, las nulidades referidas a ella tienen que regirse por

la normatividad procesal penal. Ante la ausencia en ésta de una disposición que “generalice” la nulidad procedente de un defecto de intervención de las partes civiles, ¿será imposible declarar la nulidad en los casos en que ese defecto no esté específicamente previsto por la ley procesal penal como causa de nulidad?

El Código Procesal de Córdoba –ley 8123– (art. 185, incs. 4º y 5º) agrega las referencias a la observancia de las disposiciones concernientes “a la intervención, asistencia y representación de las partes civiles, en los casos y las formas que la ley establece” y a “la intervención, asistencia y representación del querellante particular, en los casos de los arts. 334, 342 y 352”. El Código Procesal de la Nación –ley 23.984– se refiere sólo al querellante, cuya figura, como sabemos, introduce en el régimen procesal penal²².

§ 24. ***INOBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES COMO ORIGEN DE LA NULIDAD
DE CARÁCTER GENERAL***

Las posibilidades de respuesta a la pregunta anterior nos conducen a interrogarnos sobre el carácter de las nulidades contenidas en los elencos constitucionales que consagran garantías. En ese sentido es prácticamente una conclusión obligada que un acto, en cuya reali-

²² Por supuesto que el querellante tiene que encontrarse válidamente admitido como tal en el proceso (CNCasación Penal, Sala 3ª, 31/5/93, JA, 1993-III-626).

zación se han desconocido esas garantías, no puede ser considerado válido por la circunstancia de que la ley haya omitido señalar, de modo específico, esa violación como fundamento de la declaración de nulidad, particularmente porque –en todo caso– trataríanse de nulidades absolutas, declarables de oficio, las que aun no estando mencionadas como tales, tienen que tener carácter general. El mismo mecanismo procesal de designación de las nulidades declarables de oficio, y que por ello revisten el carácter de absolutas en nuestro sistema, permite deducirlo ya que tal trascendencia otorga la ley a la violación de las garantías constitucionales y parece incongruente, entonces, que las nulidades de ese origen no ostenten la categoría de nulidades de orden general²³.

En consecuencia: la inobservancia de las garantías integradoras del debido proceso respecto de las partes civiles, promovería una nulidad de orden general aunque ésta no se encuentre mencionada en la enunciación que de tales nulidades trae la ley. Pero no parece ser ésta la idea que ha primado en la doctrina, la que expone que la nulidad genérica a la que nos esta-

²³ Sabido es que el contenido de la garantía es de gran amplitud y abarca aun la forma de expresión de los actos procesales. “La oralidad dispuesta por el Código Procesal Penal –para determinados actos del proceso– y fundamentada constitucionalmente, es una forma sustancial cuya violación, aun con la conformidad de las partes, importa una nulidad genérica y que no se puede convalidar” (CPenal SFe, Sala I, Zeus, 34-J-143).

mos refiriendo, sólo comprende al imputado como sujeto de la acción penal y no a él como sujeto de la acción civil insertada en el proceso penal, lo que, desde luego y con mayor razón, abarcaría a las otras partes civiles. Así lo ha sostenido el Tribunal Superior de Córdoba (sentencia del 27/5/64, citada por NÚÑEZ) el que decidió que la nulidad general que estamos examinando atañe “al imputado como sujeto pasivo de la acción penal”, pero que él “como demandado civil no goza de la garantía”²⁴. Tal solución nos presenta serias dudas, no tanto desde el punto de vista del cumplimiento del principio de accesoriedad y la ley que en su consecuencia rige la acción civil en el proceso penal, sino desde el punto de vista de las normas procesales civiles que apuntan como declarables de oficio a las nulidades que tienen origen en defectos que constituyen violaciones de normas de orden público²⁵, pese a la afirmación doctrinaria (hoy relativizada) de que en ese régimen “todas las nulidades son relativas”.

²⁴ También lo ha resuelto así la SC Mendoza en sentencia del 4/10/76, citada por ÁBALOS, *Código Procesal Penal de Mendoza*. Anotado, t. I, p. 199.

²⁵ La doctrina italiana (que comenta el Código de 1930 con las reformas de 1955) excluye de los casos de nulidades generales las referidas a la actuación del tercero civil responsable, pero reducida a él y únicamente circunscripta a la asistencia del defensor técnico (ver LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, p. 709), con lo que seguirían considerándose nulidades generales los defectos de su representación necesaria y de la intervención que le corresponde en el proceso cuando ya está constituido en él.

§ 25. **ACTO ADECUADO A UN TIPO PROCESAL
CONSAGRADO POR UNA NORMA INCONSTITUCIONAL**

La jurisprudencia ha sostenido que no se puede declarar la nulidad de un acto que no cumple estrictamente con los requisitos formales de la ley, sin perjuicio de plantear o declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma correspondiente cuando es ella misma la que desconoce el derecho de defensa²⁶.

En otras palabras: primero es imprescindible declarar esa inconstitucionalidad y recién a partir de ella se podría examinar si el acto adecuado a la norma inconstitucional resulta o no nulo en el proceso por desplazarse de otro tipo distinto que es el que tiene que ser considerado.

Porque si pensamos que la Constitución, al consagrar las garantías propias del debido proceso, erige –al menos implícitamente– tipos procesales, el acto que responde a la ley inconstitucional deja de responder al tipo procesal de origen constitucional, y es por esa vía que puede devenir nulo.

En este supuesto, resulta con claridad que estaremos en presencia de una nulidad declarable de oficio y absoluta en virtud del carácter del defecto.

²⁶ CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 58:345.

§ 26. **LA VIOLACIÓN DE LAS FORMAS SUSTANCIALES
COMO ORIGEN DE NULIDADES GENERALES**

La legislación santafesina (art. 161, Cód. Proc. de Santa Fe), además de la enunciación circunstanciada de las hipótesis de nulidades generales que acabamos de ver (art. 162, Cód. Proc. de Santa Fe), trae otra excepción al principio de *especificidad-taxatividad* al considerar que corresponde la declaración de nulidad no sólo de los actos en los que “no se hubieren observado las disposiciones expresamente previstas bajo sanción de nulidad”, sino también aquellos en los que se “han violado u omitido las formas sustanciales dispuestas por este Código” para el acto realizado, expresión tomada por el legislador santafesino del Código Procesal Civil y Comercial de esa provincia (que también se halla en el de la Nación).

No hay duda de que allí se está previendo una nulidad de orden general, ya que el art. 124 del Cód. Proc. Civil y Com. de Santa Fe, luego de consagrar en su primer párrafo el principio de *especificidad-taxatividad*, dispone en el segundo que “sin embargo, la omisión de un elemento sustancial autorizará al juez, apreciando las consecuencias materiales y jurídicas que se hayan derivado, a pronunciar la nulidad a falta de sanción expresa”. No está de más aclarar que la mayoría de las hipótesis que se pueden encuadrar en la disposición del art. 161 del Cód. Proc. de Santa Fe, quedarán ubicadas en

alguna de las enunciaciones de nulidades generales de su art. 162; sin embargo, será posible acudir a aquélla para solucionar casos como los estudiados en los dos parágrafos anteriores.

En realidad, la fórmula que refiere a la violación de las formas sustanciales revela el criterio mediante el cual se procuró superar el sistema formalista (ritualista), aflorando ya en él la dirección teleológica de la actual construcción dogmática de las nulidades, puesto que, al fin, por *formas sustanciales* únicamente se pueden entender las que permiten al acto cumplir sus finalidades en el proceso (por el contrario, las accidentales son las que pueden variar sin que se obstaculice el logro de esas finalidades). Mientras en el sistema judicialista la determinación de cuáles son esas formas²⁷ queda librada al arbitrio judicial, en el legalista ellas quedan acotadas por la ley²⁸.

²⁷ LASCANO, *Nulidades de procedimiento*, p. 58, considera formas sustanciales “a los requisitos indispensables para que exista litis válida o para que un acto pueda llenar su función, y se denominan en cambio accidentales o secundarias, a la serie de garantías accesorias que tienen por objeto impedir errores o perjuicios a las partes, pero que no hacen a la esencia del acto”, noción relativamente vaga y paladinamente impropia para el proceso penal que, sin embargo, se encuentra asiduamente invocada en la doctrina procesal que reconstruye la legislación formal de la Nación.

²⁸ En ese sentido es correcta la apreciación de PALACIO (*Derecho procesal civil*, t. IV, p. 143), cuando indica que en la moderna disciplina de las nulidades la regla de la finalidad ha sustituido a la de la sustancialidad de las formas inobservadas.

La simbiosis sustancialidad-finalidad es proclamada por CARLOS, *Nulidades procesales*, en “Enciclopedia Jurídica

En reglamentaciones complejas, como la santafesina, algunos han sostenido, sin embargo, que sólo en la ley ha de buscarse la distinción entre vicios esenciales y accidentales, siendo los primeros los conminados con nulidad²⁹, pero entonces la cláusula sería inútilmente redundante o, en todo caso, no significaría más que una alusión a las nulidades implícitas o virtuales que tratamos a continuación³⁰.

§ 27. *LAS DENOMINADAS NULIDADES IMPLÍCITAS O VIRTUALES*

De acuerdo con lo que expusimos en párrafos anteriores, el vicio del acto funciona

Omeba", t. XX, p. 543 –al comentar el art. 156 del Cód. Proc. Civil italiano de 1943, que suplantó la fórmula de la sustancialidad del Código de 1865 por la del cumplimiento de la finalidad del acto– presentando ambas referencias como aspectos de la misma cuestión (la de los presupuestos de declaración de la nulidad): “Conminación de nulidad, disposición prohibitiva equiparada a la ineficacia expresa y facultad del juez para aplicar dicha sanción aun a falta de un texto imperativo, cuando se ha omitido un elemento sustancial en la ejecución del acto o éste (no) ha cumplido su finalidad... cuatro aspectos esenciales que conjugan por igual en un mismo problema y de cuya armónica combinación emerge el sistema”.

²⁹ ITURRALDE - BÜSSER - CHIAPPINI, *Código Procesal Penal de Santa Fe. Comentado*, t. I, p. 294.

³⁰ No sería lo mismo en una regulación como la chilena, en la cual el art. 69 del Cód. Proc. Penal dispone que fuera de los casos en que la ley expresamente declara la nulidad del acto, ésta procede cuando el vicio refiere a “un acto o trámite declarado esencial por la ley”, es decir, tiene que mediar la expresa calificación legal (SALAS VIVALDI, *Los incidentes*, p. 210 y siguientes).

como causa de nulidad de éste cuando así está expresamente designado en la ley, conforme con el principio de *especificidad-taxatividad*, o cuando cabe en los esquemas de las nulidades generales.

Sin embargo, como especie de *tertium genus* se mencionan hipótesis constitutivas de nulidades virtuales o implícitas, las que se darían cuando, sin conminación expresa de la ley y sin posibilidades de encuadrarse como nulidades de orden general³¹, presentan situaciones de conflicto en el proceso que sólo pueden ser superadas mediante la declaración de nulidad; tales son los casos en los que se han violado prohibiciones explícitas o implícitas de las leyes procesales o de fondo, o contenidas en normas constitucionales, o no se cumplen exigencias estrictas contenidas en ellas, con evidente perjuicio para la regularidad del proceso (según opinión de CLARÍA OLMEDO) y, por tanto, notoriamente demostrativos de la improcedencia del trámite³².

³¹ Aparentemente, para algunos tribunales serían nulidades implícitas todas las que no responden al principio de *especificidad-taxatividad*. Por ejemplo, se ha considerado caso de nulidad implícita "lo actuado si no se ha dado intervención a las partes legítimas o si el juicio se ha tramitado con quien no tenía la representación de la parte" (CCivCom Rosario, Sala I, 4/4/85, *Zeus*, 38-R-55).

³² BERNALDO DE QUIRÓS - RODRÍGUEZ, *Nulidades en el proceso penal*, p. 71. Por ejemplo, aun a falta de previsión expresa y no existiendo tampoco posibilidad de que la hipótesis quede abarcada entre las nulidades generales "es nula la elevación a juicio cuando no se han agotado los trámites relacio-

Cuando nos hemos referido a la violación de las disposiciones constitucionales otorgándoles la caracterización de nulidades de carácter general, adelantamos nuestro criterio sobre el punto. Pero además de ellos, supuestos como el de los actos procesales que implican la perpetración de delitos que atañen al proceso en sí mismo (p.ej., prevaricato en una resolución incidental), o aquellos en los que se han dejado de observar límites imperativamente impuestos por la ley civil (p.ej., sobre la prueba del estado de las personas) o los que menoscaban el orden del proceso (p.ej., los realizados en horas inhábiles) —que la doctrina comúnmente comprende en este grupo de nulidades implícitas o virtuales cuando no han sido objeto de conminación expresa de nulidad—, crean situaciones en las que el único remedio para regularizar el proceso es la declaración de nulidad³³. En ese orden, según ya lo apuntáramos, la nuli-

nados con la instancia de constitución como parte civil en el proceso penal, incumpliendo lo dispuesto por el art. 374, Cód. Proc. Penal” (CPenal SFe, Sala I, “Autos”, 50:246).

³³ Como ejemplos de nulidades implícitas se han mencionado: la nulidad del proceso porque el mismo arranca de un acto ilícito, como es la denuncia que viola el secreto profesional (CNCrimCorr, 3/4/62, ED, 4-430, entre otros fallos), o por omisión de denuncia en un delito dependiente de instancia privada, o por haberse seguido el procedimiento de citación directa en vez de la instrucción formal que correspondía (SC Mendoza, citado por ÁBALOS, *Código Procesal Penal de Mendoza*, t. I, p. 192). Pero salvo el último, los otros ejemplos son conflictivos; el primero porque —pese a la insistencia de la jurisprudencia con visión formalista del garantismo— trátase de un supuesto de conversión en que el acto puede no

dad implícita encontraría un verdadero reconocimiento legislativo en la regla que mantienen algunos códigos sobre la violación de formas sustanciales como causa de nulidad, al menos para varios de aquellos casos³⁴.

tener valor como denuncia, pero funciona como *notitia criminis* que puede ser base de la requisitoria de instrucción; el segundo porque es un supuesto de nulidad general que atañe al correcto ejercicio de la acción por parte del ministerio público.

Como ejemplos más claros de nulidades implícitas podemos señalar el caso en que el acto procesal se ha realizado de tal manera que ha impedido la correcta aplicación de las leyes de fondo, v.gr., el incumplimiento de las reglas de conexidad que ha bloqueado el otorgamiento del beneficio de la condenación condicional (CPenal SFe, Sala I, *Zeus*, 4-J-131, ya citada), o la no aplicación de las normas del Código Civil que regulan las relaciones entre la sentencia penal y la civil reparatoria; “los magistrados no cumplen su función de jueces de la acción civil deducida conjuntamente en el proceso penal, cuando se limitan a referirse, para resolverla, pura y exclusivamente a lo que han declarado respecto de la acción penal, especialmente cuando han decidido la absolución del imputado que a la vez ha sido demandado. No debe olvidarse que con dicha actitud se dejan de observar los principios consagrados por el art. 1103 del Cód. Civil que admite la vigencia de responsabilidad civil pese a la absolución penal. La resolución de la acción civil debe ser fundamentada autónomamente en la medida que lo exige la reglamentación civil de los arts. 1101 a 1103 del Cód. Civil. No hacerlo implica violar las exigencias del art. 95 de la Const. provincial” (CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 51:336).

³⁴ La doctrina procesal civil (DEVIS ECHANDÍA, MAURINO, etc.) reconoce esa función de la norma; pero entonces —y pese a lo expuesto en el texto— la denominación de implícita o virtual es un tanto impropia, puesto que al fin trataríase de una nulidad de carácter general. Algunos códigos expresamente asimilan la disposición prohibitiva a la nulidad específica (ver MAURINO, *Nulidades procesales*, p. 37).

§ 28. *NULIDAD Y DELITO*

Los defectos del acto procesal son siempre fruto de la culpa o el dolo de quienes lo realizan; pero cualquiera de los sujetos que intervienen en el proceso puede provocar una actividad dolosa que se introduzca en éste y que, aparentemente, produzca un acto adecuado al tipo procesal. Si sostuviésemos que a raíz de esta última circunstancia no se puede declarar la nulidad, se trataría de una solución incoherente, ya que permitiría al delito producir efectos allí donde no debe producirlos.

Lo que ocurre es que —subrayamos— la adecuación al tipo de tal acto es sólo aparente; el defecto en esos casos radica en la ausencia de poder del sujeto para actuar, puesto que dicho poder únicamente puede reconocerse cuando se ha empleado un procedimiento lícito para ejercerlo.

Trátase, evidentemente, de una nulidad declarable de oficio en cualquier estado y grado de la causa, aun cuando pueda ser un supuesto de nulidad implícita según se advirtió precedentemente. La doctrina civil acude a la noción de orden público para otorgarle esa calificación, pero aunque ese fundamento sea correcto es algo más concreto invocar la obligación del juez de hacer cesar los efectos del delito, la que

Sobre el tema de las nulidades virtuales en el aspecto procesal penal, ver D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 156 y siguientes.

se encuentra taxativamente consagrada en las leyes procesales penales, no sólo en el capítulo destinado a regular la ejecución de la sentencia, sino también como actividad preventiva en el curso del proceso.

Algunos de los casos que se pueden invocar como ejemplo van más allá de la nulidad para rozar los límites de la inexistencia; sin embargo, en ellos no es necesario acudir a la disciplina de la misma para solucionarlos, ya que normalmente están contemplados como materia del recurso (acción) de revisión.

§ 29. *LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD COMO MOTIVO DE NULIDAD*

En el párrafo anterior hemos considerado el tema desde el punto de vista de quien realiza el acto defectuoso obrando con dolo respecto del defecto, pero quedan por examinar los resultados de la conducta de quien lo lleva a cabo sin defectos procesales por su propio error (originado en su culpa) o porque fue inducido en él por la actividad dolosa de un tercero, o porque realizó el acto pero mediando coacción. Lo primero no ofrece flanco alguno para un tratamiento en particular.

Sí merece atención lo segundo y por ello ha sido objeto de intenso debate en la doctrina procesal civil³⁵ y entre los procesalistas penales

³⁵ Sobre la cuestión en el proceso civil, ver GARROTE, *Los actos jurídicos procesales*, en MORELLO y otros, "Estudios

italianos en especial, una corriente de los cuales opina que ante la ausencia de una previsión expresa del legislador y atendiendo al principio de *especificidad-taxatividad*, si el acto resulta adecuado al tipo procesal, por más viciada que esté la voluntad de quien lo realizó, no se puede declarar su nulidad (FLORIAN, PETROCELLI); para otros el acto siempre será inválido, sea considerándolo inexistente, sea admitiendo su declaración de nulidad³⁶.

Nuestra jurisprudencia mayoritaria ha resuelto como casos de nulidad los supuestos de dolo coaccionante que influye en la realización de un acto procesal formalmente adecuado al tipo por parte del coaccionado, y aunque —además— coincida con la realidad que expresa (p.ej., indagatoria prestada por quien ha sido objeto de apremios ilegales previos).

§ 30. *NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS*

El núcleo de la distinción entre las nulidades absolutas y relativas órbita, como dijimos, en el régimen de la declaración de la nulidad y —sin salir de esa órbita— en la extensión de las

de nulidades procesales”, p. 47 y 48; MARTÍNEZ, *Los vicios del consentimiento en la realización del acto procesal*, en MORELLO y otros, “Estudios de nulidades procesales”, p. 53 y siguientes.

³⁶ En verdad, la resistencia de la doctrina italiana más común a considerar los vicios de la voluntad como causas de nulidad, tiene como origen la asiduidad de su tratamiento a través de la inexistencia; ver MANCINELLI, *Nullità degli atti processuali penali*, en “Novissimo Digesto Italiano”, vol. XI, p. 489.

posibilidades de manifestar el vicio para que efectivamente trascienda a fundamentar la declaración de nulidad, produciendo la ablación de los efectos procesales que el acto ha venido teniendo precariamente. En palabras más simples: para que la nulidad acarree las consecuencias que son propias de ella según el tipo procesal que la consagra.

Con lo que se advierte que este orden clasificatorio corre a la par de las posibilidades de *subsanación* o *sanabilidad* de la nulidad (según sea el defecto del acto que es causa de nulidad) que, como veremos, viene a ser una forma de preclusión de la facultad de oponerla y del poder de declararla, aunque con la particular característica de que no depende exclusivamente de los tiempos procesales. Pero es necesario precisar esta relación entre la clasificación de las nulidades procesales en absolutas y relativas, y la insanabilidad de las unas y la sanabilidad de las otras, puesto que toda nulidad procesal es subsanable. La diferencia está en que la sanabilidad se puede operar *en el proceso*, es decir, dentro de él, cuando todavía no se agotó su curso, o ser resultado de la extinción del mismo: la nulidad relativa es subsanable *dentro del proceso*; la absoluta sólo puede serlo por mediación de la cosa juzgada³⁷. Es por eso que

³⁷ Lo que implica que aun puede ser declarada por la alzada en casos en que ella no puede pronunciarse sobre el mérito a raíz, por ejemplo, de encontrarse desierto el recurso, pues hasta que la deserción no se resuelve no existe cosa juz-

ésta puede ser opuesta y declarada en cualquier estado y grado del proceso, y ni siquiera requiere la advertencia de la *protesta* de parte para invocarla en una instancia distinta de aquella en la cual se ha producido, en tanto que para la relativa tratase de una exigencia expresa de la ley (art. 490, inc. 2º, Cód. Proc. de Córdoba).

Cabe señalar que esta distinción —no formulada con las mismas consecuencias en los regímenes procesales civiles³⁸— no ha seguido una línea histórica invariable en las reglamentaciones procesales penales. Fue ignorada por el Código italiano de 1930, que únicamente contemplaba nulidades relativas subsanables en el proceso, en el que recién la reforma de 1955 la reintrodujo. Los códigos argentinos de la línea inaugurada por Córdoba en 1939 prefirieron la fórmula italiana de 1913, por lo que la distinción no perdió sentido entre nosotros.

gada en el proceso, magüer que cuando ello se produce, tal cosa juzgada reduce su contenido a lo que está en el pronunciamiento que había sido recurrido. Esto, que en el proceso civil puede presentar aristas de herejía, en el penal sirve para evitar la ejecución de sentencias arbitrarias (CPenal SFe, Sala I, "Fallos", 47:227).

³⁸ Últimamente se habla en el proceso civil de una especie de superación del carácter relativo de toda nulidad (ver MORELLO, *Las nulidades procesales. Hacia una interpretación dinámica funcional*, en MORELLO y otros, "Estudios de nulidades procesales", p. 157 y ss.); sin embargo, se trata de aspectos (exceso ritual manifiesto, arbitrariedad, gravedad institucional, etc.) que exceden el ámbito propio de la nulidad y ponen en jaque a la cosa juzgada en su mismo contenido de mérito.

§ 31. ***LAS NULIDADES ABSOLUTAS EN LOS REGÍMENES PROCESALES PENALES***

Inicialmente es preciso determinar cuáles son las nulidades absolutas, ya que las relativas pueden serlo por descarte de aquéllas.

Por supuesto que toda duda se aventaja cuando la designación de una nulidad como absoluta se encuentra de modo taxativo en la ley: será absolutamente nulo el acto que contenga un defecto al cual la ley específicamente le atribuye esa consecuencia, sea nominándola así, sea —como ocurre en nuestros sistemas— caracterizando la consecuencia como “nulidad declarable de oficio en cualquier estado y grado de la causa”, que es la fórmula más común empleada típicamente para caracterizar una determinada nulidad como absoluta.

Pero cuando esta misma fórmula es aplicada en la reglamentación de las nulidades para caracterizar de modo genérico a las absolutas (es decir, para adscribirlas a una pluralidad de hipótesis no previstas particularmente por la ley), es posible hallar dificultades en la interpretación.

La aplicación de esa fórmula de designación legal de la nulidad absoluta no procede, necesariamente, de que sea más fácil explicar la diferencia entre nulidades declarables de oficio y nulidades declarables a petición de parte —como lo pretende CLARÍA OLMEDO—, asignando a las unas la presencia del interés público en la

legalidad del proceso y a las otras las del interés particular de la defensa en juicio, lo que —aunque fuese exacto, siendo de pensar que sí lo es— no logra explicar del todo la dualidad, aun cuando se admite (con relatividad) que ello puede explicar la motivación del legislador al consagrarla. Lo que ocurre es que, entre nosotros, por lo general media una simbiosis indisoluble entre nulidades absolutas y nulidades declarables de oficio, desde que éstas arrastran su insanabilidad en el proceso, puesto que su sanabilidad sólo puede producirse por mediación de la cosa juzgada, salvo contadas excepciones a las que luego habremos de referirnos y con la aclaración de que el nuevo Código de Córdoba (ley 8123, art. 185) no presenta esa indisolubilidad de modo tan estricto; dentro de las nulidades genéricas sólo son declarables de oficio algunas de ellas (las que tradicionalmente consideran las leyes procesales a las cuales nos hemos referido), no las que atañen a la intervención, asistencia y representación de las partes civiles y del querellante particular³⁹.

Se insiste en que si en el proceso civil la nulidad relativa es una regla prácticamente excluyente, pudiendo el interés de parte interferir para sanear aun los vicios más graves (ALSINA) —pese a que se puede llegar a dudar de la vigencia de esa afirmación en el devenir de la “pu-

³⁹ Sobre la cuestión en el nuevo Código de la Nación —ley 23.984—, ver D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 157.

blicización” de aquél⁴⁰—, en el penal también lo sería, pero careciendo de exclusividad, ya que en él existen numerosas oportunidades para que el interés público absorba al de las partes.

⁴⁰ En realidad puede afirmarse que en el proceso civil no encontramos nulidades absolutas (salvo contadas excepciones en códigos provinciales y sin perjuicio de que las que se sugieren como nulidades absolutas sean, en resumidas cuentas, hipótesis de inexistencia que van más allá de la cosa juzgada). “Y no altera esta conclusión la circunstancia de que la ley autorice a declarar de oficio la nulidad (art. 172, modificado por ley 22.434), pues la facultad acordada a los jueces en tal sentido juega en forma paralela y concurrente con la carga de impugnación que incumbe a la parte interesada en la declaración de nulidad, y no puede ejercerse cuando ha tenido lugar la preclusión o renuncia de la respectiva impugnación. De allí que la norma a que nos referimos condiciona la declaración a la circunstancia de que el vicio no se *hallare consentido*” (PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, p. 388); lo que no es así en el proceso penal en el que ni la falta de impugnación, ni siquiera el consentimiento expreso purga —en el curso del proceso— la nulidad declarable de oficio y absoluta.

Sin embargo, la doctrina civil admite que el legislador puede consagrar nulidades absolutas (ver COUTURE, *Fundamentos de derecho procesal civil*, p. 391); de hecho se indica como excepción a la regla de la nulidad relativa el supuesto de “violación de las normas de orden público” referido por el art. 128 del Cód. Proc. Civil y Com. de Santa Fe, así como que existen *vicios sustanciales*, tal el radicado en el dolo (no se trata, por ende, de la “omisión de formas sustanciales”), que pueden originar aquéllas, ya que a su respecto no es aceptable la convalidación (BERIZONCE, *La nulidad en el proceso*, p. 41), aunque esto último no es fácilmente visible, ya que el interesado (el que estaría afectado por el acto) siempre podría dar su consentimiento expreso para soportar el vicio (el tácito sería más discutible), en tanto se trate, claro está, de un supuesto de nulidad y no de inexistencia.

Sobre las excepciones a la regla de la nulidad relativa en el proceso civil, ver MAURINO, *Nulidades procesales*, p. 32 y 33.

En verdad y pese al mayor número de hipótesis que se presentan de nulidades absolutas, éstas tienen carácter excepcional, debiendo emerger expresamente de la ley o revelarse con evidencia en el complejo estructural del sistema⁴¹.

§ 32. **DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA**

Veremos que por lo menos en los regímenes que requieren, como presupuesto de la declaración de nulidad, que el vicio del acto le haya impedido lograr su finalidad (como mera circunstancia de subsanación), ni la nulidad relativa ni la absoluta pueden ser declaradas cuando ello no ha ocurrido.

Al fin no es otra cosa que una variante de ese principio la afirmación de que tiene que mediar algún interés para poder declarar de oficio la nulidad⁴². La exigencia del interés cubre, también, la posibilidad de declarar la nulidad absoluta; tampoco cuando de ella se trata es admisible declarar la nulidad “por la nulidad misma”; para hacerlo el vicio del acto tiene que haber interferido en los fines del proceso, y en el penal radica allí –básicamente– el interés para producir la declaración.

Los ejemplos en los que la jurisprudencia desecha la nulidad por ausencia de interés en

⁴¹ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 127 a 129.

⁴² Equiparando interés a perjuicio, ver TORRES, *Nulidades en el proceso penal*, p. 35 y siguientes.

su declaración son numerosos: la nulidad de un reconocimiento o de una exposición con respuestas obtenidas coercitivamente, que no son invocadas como prueba de cargo en la sentencia condenatoria, no arrastran la nulidad de ésta⁴³.

Pero se trata de un interés que no integra el poder de las partes cuando se penetra en el campo de las nulidades absolutas⁴⁴.

⁴³ NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, p. 147 y 148; ver sentencia del ST Córdoba allí citado.

⁴⁴ En el proceso penal y en el régimen de estas nulidades no existe una "renuncia al interés" como ocurre en el civil. "Pese a que la defensa haya aceptado... los hechos y circunstancias atribuidos en la requisitoria fiscal, es indudable que una sentencia, dando cumplimiento al art. 402, inc. 5º, Cód. Proc. Penal, debe proporcionar los fundamentos de los hechos que considere probados, pues la mera afirmación en tal sentido, por clara que surja de los autos, no deja de ser arbitraria y conculca las garantías del derecho a la jurisdicción que establece el art. 95, Const. provincial" (CPenal SFe, Sala I, "Fallos", 55:497).

Pero es preciso advertir que no todos los procesos penales participan absolutamente de estas características; se excluyen los procesos por delitos de acción privada que pueden ser catalogados, según MAIER, como "semiacusatorios"; en ellos ciertas omisiones del órgano jurisdiccional que en otros procesos podrían agravar la garantía constitucional de defensa, no asumen las mismas repercusiones. Así se ha decidido que si bien en una querrela por injurias "compete al órgano jurisdiccional proceder a la citación de los testigos ofrecidos y admitidos no siendo esa actividad una carga de la parte, la omisión de aquélla no es una nulidad declarable de oficio en cualquier estado y grado de la causa" por lo que "la negligencia de la parte en el instamiento de la prueba produce el desistimiento tácito de ella" (CPenal SFe, Sala I, "Fallos", 59:176).

§ 33. **RELACIONES ENTRE LAS NULIDADES
DE CARÁCTER GENERAL, DECLARABLES DE OFICIO
Y ABSOLUTAS**

Las nulidades declarables de oficio han estado comúnmente unidas a las de carácter general. En ocasiones, la ley nomina como declarables de oficio a todas las de carácter general, a la vez que las determina como absolutas al declararlas insubsanables durante el proceso; tal ocurría en el antiguo texto, hoy derogado, del art. 162 del Cód. Proc. de Santa Fe⁴⁵. En otras se nomina como declarable de oficio a toda nulidad de carácter general cuyo vicio de origen significase una violación de normas (garantías) constitucionales (art. 172, Cód. Proc. de Córdoba; art. 168, Cód. Proc. de la Nación, ley 23.984, y art. 171, Cód. Proc. de Entre Ríos modificado por ley 8326). A veces la ley selecciona, entre las nulidades generales, algunas determinadas para considerarlas declarables de oficio y absolutas; por ejemplo, el Código Procesal de Santiago del Estero designa como declarables de oficio a las nulidades previstas en el inc. 3º del art. 116, con exclusión de las de los incs. 1º y 2º del mismo artículo (es decir, sólo las que atañen a la intervención, asistencia y representación

⁴⁵ Era el sistema del Código italiano de 1913 que caracterizaba como nulidad absoluta a todas las que enunciaba como nulidades de carácter general; categoría que, como se vio, desapareció en el régimen de 1930 y reapareció en el derecho peninsular en la reforma de 1955.

del imputado –art. 117–). También encontramos leyes que utilizan un procedimiento similar, pero requieren que la particular nulidad proceda de un vicio referido a la ordenación constitucional para ser declarable de oficio (art. 171, párr. 2º, Cód. de Proc. de Entre Ríos, antes de la reforma de la ley 8326).

La mayoría de los códigos consagran el principio de *especificidad-taxatividad* respecto de la caracterización de las nulidades como declarables de oficio y absolutas, disponiendo que son declarables con esa extensión todas las nulidades que, como tales, se encuentran expresamente caracterizadas en preceptos particulares (“cuando así se establezca expresamente”: art. 172, Cód. Proc. de Córdoba; art. 171, Cód. Proc. de Entre Ríos; art. 151, Cód. Proc. de Neuquén, etcétera). Obvio es observar que la circunstancia de que un ordenamiento procesal no contenga dicha regla en el capítulo general destinado a las nulidades (como pasa con el art. 117, Cód. Proc. de Santiago del Estero) nada significa ante la caracterización de oficio de la nulidad de un acto defectuoso determinada efectuada en una norma específica, conforme a los principios que rigen las relaciones entre leyes generales y especiales.

La fórmula a que los códigos acuden para asignar el carácter de absolutas a las nulidades declarables de oficio es la de extender las posibilidades de declaración a “cualquier etapa del proceso” (art. 172, Cód. Proc. de Córdoba; art. 117, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 171,

Cód. Proc. de Entre Ríos; art. 151, Cód. Proc. de Neuquén; art. 168, Cód. Proc. de la Nación, ley 23.984, etcétera), convirtiéndolas en insubsanales en su transcurso y previendo, por tanto, *a contrario*, la permanencia válida de los efectos del acto defectuoso sólo a partir del suceso de la cosa juzgada. Generalmente, pues, las nulidades declarables de oficio son las nulidades absolutas, ya que la ley asimila los efectos de las unas a las características de las otras, aunque la esencia dogmática de una y otra clasificación no sea idéntica y encontremos leyes que –según veremos– las separan⁴⁶.

§ 34. **UNA LEGISLACIÓN QUE AMPLÍA LA EXTENSIÓN DE LAS NULIDADES ABSOLUTAS**

Como la apuntada asimilación no se entraña en una relación dogmática necesaria, no hay incongruencia en la legislación que considera a ciertas nulidades declarables de oficio como relativas o –lo que es lo mismo– que ciertas nulidades relativas sean declarables de oficio, como tampoco en la que no selecciona las nulidades declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso de entre las nulidades generales y separa las aguas ya en la misma regulación genérica del instituto.

⁴⁶ CLARÍA OLMEDO proporciona el relato de la situación de las distintas legislaciones procesales provinciales (*Derecho procesal penal*, t. II, p. 296 y 297).

Esto último es lo que ocurre en el Código Procesal de Santa Fe. Dijimos que su primera versión enunciaba a las nulidades generales consagrándolas, a la vez, a todas ellas declarables de oficio “en cualquier estado y grado del proceso” e insusceptibles de ser subsanadas (art. 162, Cód. Proc. de Santa Fe, según ley 6740). Pero la reforma de la ley 8774 separó la calificación de las nulidades declarables de oficio y absolutas de las nulidades generales.

El art. 164 del mismo cuerpo legal, que se refiere a todas las nulidades y no solamente a las de carácter general, dispone en su segundo párrafo que “la nulidad debe ser declarada, aun de oficio, en cualquier estado y grado del proceso cuando implique una violación de normas constitucionales o lo establezca expresamente la ley, siempre que la cuestión no hubiese pasado en autoridad de cosa juzgada”, de lo que se desprende la posibilidad de una nulidad específica, declarable de oficio y absoluta, que además de no estar consignada como nulidad general, no tenga atribuido este último carácter por la norma particular que la consagra. Aunque no es fácil encontrar ejemplos claros en la ley, tratase de una posibilidad dogmática innegable.

§ 35. **REDUCCIÓN DE LAS NULIDADES ABSOLUTAS FRENTE A LAS DECLARABLES DE OFICIO**

En el plano lógico una nulidad puede ser declarable de oficio, pero no en cualquier estado y grado de la causa y sin perjuicio de su sa-

nabilidad en el proceso: la asimilación entre nulidad declarable de oficio y nulidad absoluta es un producto de la ley, no una exigencia de esencias.

Aunque entre nosotros la escisión entre ambas categorías no existe⁴⁷, la encontramos en otros regímenes. El Código Procesal italiano de 1988 reduce las nulidades absolutas respecto de las declarables de oficio, consagrando nulidades que pueden ser declaradas de oficio, pero sólo en determinadas etapas del proceso; es decir que con referencia a ellas la facultad del órgano jurisdiccional de declararlas caduca *dentro del proceso* antes de que en él se produzca la cosa juzgada.

Los arts. 179 y 180 de ese Código consagran como declarables de oficio a todas las nulidades de carácter general enunciadas en su art. 178, pero de ellas sólo algunas asumen jerarquía de nulidades absolutas: las que el art. 178-1 declara “insanables y declarables de oficio en cualquier estado y grado del procedimiento”; las otras nulidades de carácter general son declarables de oficio pero no absolutas, desde que el art. 180 indica términos de caducidad para la facultad

⁴⁷ El proyecto de Córdoba de 1990 opta por caracterizar como declarables de oficio y absolutas a todas las nulidades generales comúnmente así consideradas en los códigos vigentes, pero prevé otras hipótesis de nulidades generales que no son declarables de oficio; esto se trasladó al Código Procesal de Córdoba -ley 8123-, según lo hemos señalado precedentemente.

de declararlas de oficio que operan antes de que aparezcan los efectos de la cosa juzgada.

§ 36. ***CARACTERIZACIÓN DEL VICIO ORIGINANTE
DE LA NULIDAD ABSOLUTA
COMO DESCONOCIMIENTO DE NORMAS
(GARANTÍAS) CONSTITUCIONALES***

La relación que —como vimos— se manifiesta en muchas leyes entre la caracterización de absoluta de la nulidad y el desconocimiento de las normas constitucionales que constituye el vicio nulificador, puede suscitar algunos conflictos interpretativos.

Desde el ángulo de la racionalidad utilitaria de la ley, una recorrida de las nulidades de carácter general junto a la consideración de la amplitud que han adquirido en la doctrina constitucional contemporánea los presupuestos de la garantía del debido proceso (defensa en juicio, juez natural, etc.), torna muy dificultoso extraer del cotejo alguna hipótesis de nulidad general que no reconozca su origen en una violación de disposiciones constitucionales. Por consiguiente, emplear ahora esta última nota caracterizante para determinar, entre aquéllas, las que son absolutas, parecería no tener mayor sentido. Los escasísimos ejemplos a los que acude la doctrina para justificar esa actitud del legislador, bien mirados no dejan de presentarse como supuestos de ataque a las garantías integrativas de la defensa en juicio.

Por otro lado, en los códigos que eligen una sola de las especies de nulidades generales para consagrarlas como declarables de oficio y absolutas (p.ej., Código Procesal de Santiago del Estero), ¿qué solución debe proporcionarse en los supuestos de otras nulidades de carácter general que provengan de un defecto entrañado en el desconocimiento de normas constitucionales? Por la vía de la observación estricta de la ley se puede llegar a conclusiones absurdas: si tales nulidades no trascienden de su carácter de relativas, quedando vedada al juez la facultad de declararlas de oficio, podrían llegarse a sanear en el proceso inobservancias de garantías constitucionales fundamentales, tales como convertir en *debido proceso* lo que constitucionalmente no lo es, admitir como *juez natural* a quien no ostenta sus caracteres, etcétera. Parece que en tales casos, o la regla constitucional opera como correctivo dogmático de la ley procesal o ésta podrá ser seriamente considerada como inconstitucional.

§ 37. **CUESTIONES EN LOS CÓDIGOS PROCESALES
PENALES DE LA NACIÓN Y DE BUENOS AIRES**

Un régimen bastante complejo era el que se deducía de la extensión de la norma del art. 509 del Cód. Proc. Penal de la Nación, que se refería a la “violación de las formas sustanciales”, a la “omisión de formas esenciales del procedimiento” y a los defectos que “por expresa disposición del derecho anulen las actuaciones”.

Según RUBIANES⁴⁸ esta norma permite distinguir entre nulidades *esenciales* y *secundarias*. En las primeras están las referidas por el mismo art. 509, y ellas serían declarables de oficio e insubsanables en el proceso⁴⁹. Las secundarias —que no responden a tales características— sólo son declarables a petición de parte y pueden ser subsanadas (art. 513).

Idéntica distinción podría caber en el Código Procesal de Buenos Aires, sobre la base de sus arts. 305 y 308⁵⁰.

Cabe señalar, sin embargo, que el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, ha sustituido aquel régimen por el que siguen la generalidad de los códigos argentinos.

**C) ACTIVIDAD DEL JUEZ Y DEL TITULAR
DE LA FACULTAD DE INSTAR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD
EN ORDEN AL ACTO DEFECTUOSO**

§ 38. ELIMINACIÓN DE LAS CAUSAS DE NULIDAD

La generalidad de las leyes consagran el deber del juez de eliminar el vicio que podría motivar la declaración de nulidad en cuanto lo advierta (art. 187, Cód. Proc. de Italia de 1930; art. 172, Cód. Proc. de Córdoba; art. 117, Cód. Proc.

⁴⁸ RUBIANES, *Manual*, t. II, p. 152 y siguientes.

⁴⁹ RUBIANES, *Manual*, t. II, p. 154.

⁵⁰ RUBIANES, *Manual*, t. II, p. 157, aunque posiblemente con menciones erróneas de los artículos.

de Santiago del Estero; art. 171, Cód. Proc. de Entre Ríos; art. 164, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 168, Cód. Proc. de la Nación, ley 23.984, et-
cétera).

Este deber del juez se extiende a cualquier eventual causa de nulidad, fuera cual fuese la especie de ella a la que pueda dar origen. Pero su límite está determinado por la completividad del acto: el defecto podrá ser eliminado cuando quede referido a un acto que se va a cumplir o que se está cumpliendo; cuando el acto se ha completado formalmente, con el vicio encarnado en él, la única corrección que cabe tiene que pasar por la declaración de nulidad, que puede ser seguida por la renovación o la rectificación de aquél, ya que —como claramente lo expresan las palabras de la ley— lo eliminable mediante la intervención directa del juez antes de la declaración de nulidad son las *causas de nulidad*; el acto ya consumado con la causa de nulidad ínsita en él, como nulo tiene que ser declarado.

Alguna doctrina sostiene que esa actividad también se torna irrealizable cuando la parte ya ha demandado la declaración de nulidad⁵¹; sin embargo, mientras el acto no se completó, el vicio no se ha constituido todavía propiamente en *causa de declaración de nulidad* y, por consiguiente, el instamiento de la parte antes de que ello ocurra sólo podría asumir el carácter de denuncia del defecto, que podrá ser eliminado por

⁵¹ ITURRALDE - BÜSSER - CHIAPPINI, *Código Procesal Penal de Santa Fe*, t. I, p. 340.

el juez en cumplimiento de la actividad preventiva que le asigna la ley, bastante próxima a la inadmisibilidad⁵².

§ 39. ***SUPERACIÓN DE LA NULIDAD EN BASE
A CONSIDERACIONES DE MÉRITO***

Si bien no se trata de una eliminación de la causa de nulidad (porque el acto ya está cumplido), ni de un supuesto de subsanación, representan hipótesis de carencia de interés en la declaración de nulidad los casos en que la solución de mérito de la causa cumple al fin su objetivo superando el perjuicio que podría irrogar el acto defectuoso a la parte afectada por él. La declaración de nulidad en esos casos se trataría de una respuesta formal, carente de finalidad. Por eso se ha decidido que una sentencia que ha impuesto una pena superior al máximo legal puede ser corregida en la alzada sin que se la declare nula⁵³. Aunque esa solución en al-

⁵² CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 116.

⁵³ CCrimCorrCap, 4/4/75, citado por BERNALDO DE QUIRÓS - RODRÍGUEZ, *Nulidades en el proceso penal*, p. 85.

En general, la jurisprudencia habla de esos supuestos de simple error jurídico distinguiendo a éste del vicio nulificante. "El simple error jurídico -indebida aplicación de la ley- no es motivo de nulidad: puede ser eventualmente corregido por vía de la apelación. Pensar de modo contrario implicaría propugnar la nulidad en todos aquellos casos en que el juez se equivoque manifiestamente al aplicar la ley, por ejemplo, la cita errónea de un artículo, la declaración de reincidencia cuando no corresponde, etcétera" (CPenal SFe, Sala I, "Fallos", 49:342; 47:157). "Diferente es que se haya omitido la

gunas circunstancias puede suscitar dudas, existen casos aún más claros: si la sentencia llega a la absolución por evidente falta de autoría del imputado, resultaría vano declarar la nulidad del proceso por defectos de la acusación o de los actos de defensa⁵⁴.

Lo que de ninguna manera puede admitirse es el procedimiento inverso, vale decir, emplear la declaración de nulidad para solucionar la deficiencia de datos útiles para la solución de la causa⁵⁵. Como tampoco que, en aras de evitar

aplicación de la pena, pues si es la alzada la que la determina puede limitar indebidamente el derecho de la parte a la doble instancia; ello ocurre, por ejemplo, cuando el juez, teniendo que unificar penas en la primera hipótesis del art. 58 del Cód. Penal, se limita a determinar la pena unificada sin pronunciar la que corresponde al delito que juzga en el proceso que provoca la unificación” (CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 48:36). Pero cuando las omisiones pueden ser corregidas mediante simples ampliaciones de las resoluciones, no aparece como muy lógico el remedio de la nulidad; de modo diferente, sin embargo, han pensado algunos tribunales: “La falta de declaración a que refiere el art. 386 del Cód. Proc. Penal –buen nombre del procesado– hace incurrir a la resolución –sobreseimiento definitivo– en nulidad” (C2ª San Nicolás, *Zeus*, 27-R-36).

⁵⁴ Es satisfactoria la explicación garantista de MAIER: “sólo basta la decisión favorable pues ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador” (MAIER, *Derecho procesal penal argentino*. *Fundamentos*, t. I-B, p. 437).

⁵⁵ Por ejemplo, la Cámara Penal de Concepción del Uruguay resolvió que “si examinada la causa por el tribunal del juicio, se advierte que a la procesada se le imputan dos delitos de estafa, que ella admitió en la indagatoria... no obstante lo cual en sede instructoria no se ha realizado actividad alguna para ubicar a la persona y/o prendas por ella compradas, corresponde anular la requisitoria fiscal y el decreto de eleva-

la nulidad, el tribunal de alzada asuma el cometido de realizar la tarea que hubo de llevar a cabo el juez cuya resolución revisa, llenando con su actividad las omisiones de los actos, pues entonces se convierte, en la práctica, en tribunal de instancia única⁵⁶.

§ 40. *LA INSTANCIA DE PARTE*

Cuando el acto contiene un vicio generador de una nulidad no declarable de oficio, el juez sólo puede pronunciarla a pedido de la parte que es titular de la facultad de oponerla. Y no cualquiera de las que intervienen en el proceso la poseen.

En principio tanto el ministerio fiscal cuanto las demás partes que se desempeñan en el proceso en razón de su propia naturaleza (imputado, defensa) o por admisión de instancia (querellante, parte civil), pueden demandar la declaración de nulidad; pero no lo puede hacer la que con su actividad o inactividad puso la causa de la nulidad, insertando o permitiendo —cuando lo hubiese debido evitar— que se insertara el defecto (aunque se trate de ministerio fiscal).

ción a juicio, al no haberse agotado la investigación...” (*Zeus*, 43-R-73).

⁵⁶ “Corresponde confirmar el auto de la 1ª instancia, en cuanto decreta la prisión preventiva del procesado, ya que pese a carecer de los mínimos atributos exigibles para su procedencia, puede evitarse la nulidad, al resultar corregible la omisión por el tribunal de alzada” (CFed La Plata, 3/7/84, *JA*, 1984-IV-64, voto de la mayoría).

Tampoco lo puede hacer la parte a la que el acto defectuoso no entorpece su intervención en el proceso, con agravio de los derechos o facultades que puede obtener de él o ejercer en él, es decir, la parte no interesada “en la observancia de la disposición violada” (art. 187, Cód. Proc. de Italia de 1930; art. 172, Cód. Proc. de Córdoba; art. 117, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 151, Cód. Proc. de Neuquén; art. 164, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 169, Cód. Proc. de la Nación, ley 23.984, etcétera). El instamiento de la nulidad por estas últimas es inadmisibile.

Aunque en el proceso penal –a diferencia del civil– no existe la carga de expresar el perjuicio que irrogaría el acto defectuoso y el consiguiente interés en la declaración de su nulidad de modo concreto (ver el art. 172, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, modificado por ley 22.434), la parte que la insta por lo menos tendrá que poner de manifiesto la existencia de su interés, salvo que el mismo surja de modo evidente del vicio del acto. Dogmáticamente es exigible a raíz del requisito de la motivación de la instancia, que luego veremos.

§ 41. **INSTAMIENTO DE PARTE DE LA NULIDAD DECLARABLE DE OFICIO**

No será inadmisibile –aunque carezca propiamente de eficacia como demanda– el instamiento de la nulidad por parte de quien la ley le veda aquella facultad, según lo expuesto prece-

dentamente, cuando se trate de una nulidad declarable de oficio, desde que con ello no haría otra cosa que señalar al juez una circunstancia del proceso que –aunque no hubiese mediado el instamiento– igualmente hubiese motivado el ejercicio del poder de declarar la nulidad por parte de aquél.

Pero, como ya lo adelantáramos, si bien el instamiento no resulta inadmisibile es, en principio, ineficaz en orden a las facultades procesales de las partes puesto que no supera el carácter de simple denuncia, que no requiere formalidad alguna⁵⁷ y que no es necesario tramitar, puesto que el órgano jurisdiccional tiene el deber de declarar de oficio la nulidad en cuanto se den sus presupuestos⁵⁸.

Claro que si el juez, atendiendo al señalamiento de la parte que no tiene interés “en la observancia de la disposición violada”, pero en realidad ejercitando el poder-deber de declarar la nulidad, la pronuncia, es obvio que la parte a quien dicha resolución agravia podrá impugnarla; pero la parte que denunció la nulidad declarable de oficio careciendo de aquel interés no tendrá posibilidad de hacerlo, puesto que si el juez no declara la nulidad no podrá invocar interés alguno apoyado sobre la facultad legal, y si la declara, el interés meramente formal, ma-

⁵⁷ CLARIA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 297.

⁵⁸ ITURRALDE - BÜSSER - CHIAPPINI, *Código Procesal Penal de Santa Fe*, t. I, p. 305.

nifestado con su misma denuncia, habrá quedado atendido.

Puede no ser exactamente igual la solución cuando quien insta la nulidad declarable de oficio es una parte a la que la ley veda el instamiento por haber contribuido a causar la nulidad. Si el juez decide no declararla, ¿tiene dicha parte la facultad de recurrir o de quejarse por la omisión de su pronunciamiento? Es admisible una respuesta afirmativa, porque la circunstancia de haber contribuido a la perpetración de la nulidad no significa, por sí, que carezca de interés en la observancia de la norma violada, sin perjuicio de que se hagan recaer sobre dicha parte distintas sanciones de carácter procesal que se le pueden imponer por esa su conducta (costas, etcétera).

§ 42. *FORMAS Y TRAMITACIÓN DEL INSTAMIENTO*

Nuestros códigos requieren formas determinadas para instar la declaración de nulidad, estableciendo, al mismo tiempo, su tramitación: "La instancia de nulidad será motivada, bajo pena de inadmisibilidad, y el incidente se tramitará en la forma establecida para el recurso de reposición" (art. 165, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 174, Cód. Proc. de Córdoba; art. 173, Cód. Proc. de Entre Ríos). Otros códigos (como el de Santiago del Estero, art. 118), sólo regulan el modo de tramitación, pero al remitirse también al recurso de reposición implícitamente están exigiendo, asimismo, la motivación del

instamamiento. Cabe aclarar que éste puede asumir el carácter de excepción previa⁵⁹.

Algunos códigos ahorran la tramitación cuando la nulidad “fuere evidente”, pudiendo entonces declarársela “sin tramitación alguna” (art. 165, párr. 3º, Cód. Proc. de Santa Fe).

Ya dijimos que en el caso de nulidades declarables de oficio el instamamiento no requiere formalidad alguna, pues se trata de una simple denuncia del vicio que no tiene que ser tramitada.

En el proceso civil el procedimiento del incidente “constituye la única vía adecuada para plantear la nulidad de cualquier acto procesal realizado en el curso de la instancia, aun cuando, como consecuencia de un procedimiento irregular se haya dictado alguna resolución judicial”⁶⁰; en el proceso penal existen resoluciones dictadas en el curso de instancia que ponen fin al proceso (sobreseimiento) y son susceptibles de apelación, con lo que el instamamiento de la nulidad puede introducirse por vía del recurso, y lo mismo cabe decir de resoluciones que *no causan estado*, pero que son apelables (resoluciones sobre libertad provisional, autos de procesamiento o de falta de mérito).

En los códigos que no regulan la nulidad de los actos del proceso, previéndola sólo como

⁵⁹ CLARIA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 285. Sobre el tema, ver VÁZQUEZ ROSSI, *La defensa penal*, p. 201.

⁶⁰ PALACIO, *Manual*, t. 1, p. 391.

motivo de impugnación de la sentencia (recurso de nulidad) –como ocurría en el derogado de la Nación– y respecto de los cuales alguna jurisprudencia ha llegado a limitar todo planteamiento de nulidad a la etapa recursiva, lo que importaría vedar la demanda de su declaración en baja instancia, reduciendo en ella la actividad de la parte a la oportuna *protesta*⁶¹, otros tribunales han acudido, para pronunciar una solución distinta, a las normas del procedimiento civil que regulan los incidentes (arts. 175 a 187, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación). Desde luego la cuestión queda superada con la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984.

§ 43. *NULIDAD EN RECURSO*

La nulidad como motivo de recurso contra la sentencia se encuentra normada expresamente en algunos códigos –como el de Buenos Aires–; en otros, se lo subordina al recurso de apelación y se lo considera como uno de los contenidos del de casación. En ambos modos ingresa como ataque a la sentencia imperfectamente concebida en sí misma o maleada por un acto defectuoso precedente. Pero en esta última hipótesis es preciso que la nulidad del acto haya sido denunciada en la oportunidad en que

⁶¹ Con la conformidad de cierta doctrina; ver al respecto noticias de BERNALDO DE QUIRÓS - RODRÍGUEZ, *Nulidades en el proceso penal*, p. 54 y siguientes.

cabía demandar su declaración (protesta de nulidad), y algunas leyes así lo disponen expresamente; en otras, esa exigencia se deduce de la regulación sobre subsanación. Ello atañe a las nulidades declarables sólo a petición de parte, ya que las declarables de oficio —en cuanto subsanables exclusivamente por la cosa juzgada— no requieren protesta previa alguna para constituirse en agravio objeto del recurso y, además, ni siquiera necesitan estar contenidas en la protesta del recurrente para que la alzada pueda pronunciarse sobre ellas.

Pero la nulidad no es materia del recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48. Este principio ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, 272:138), aunque no tiene carácter absoluto, puesto que de él se excepcionan los supuestos en los que están en juego las garantías constitucionales de la defensa (*Fallos*, 274:317; 275:405) o en los que la nulidad proviene de la irracional motivación de la sentencia (*Fallos*, 281:302).

§ 44. *LA DECLARACIÓN DE NULIDAD*

El auto que declara la nulidad participa de las características y exigencias generales de las resoluciones de esa especie.

Es doctrina común que las normas sobre nulidad tienen que ser interpretadas restrictivamente (estrictamente, dice, con más exactitud CLARÍA OLMEDO) al momento de su aplicación, invocando algunos el carácter de sanción proce-

sal que las mismas leyes les asignan y a las que imponen dicha especie de interpretación (p.ej., art. 7º, Cód. Proc. de Santa Fe, y art. 3º, Cód. Proc. de Córdoba), y otros indicando que el de las nulidades es un “régimen jurídico cerrado, riguroso, que no permite extensiones ni analogías”, expresión, ésta, cara al Tribunal Superior de Córdoba, y que podría complicar las cosas. Tal aplicación estricta intensifica su rigidez con la acentuada exigencia del interés de parte revelado en la afectación de sus derechos a raíz del acto defectuoso como presupuesto necesario de la declaración, que la jurisprudencia consagra deduciéndolo del sistema cuando no está explícitamente contenido en la misma ley⁶².

Desde luego que la interpretación restrictiva en materia de nulidades no puede ser deducida de la consagración de la regla de la *especificidad-taxatividad*, que contienen la mayoría de los códigos hoy vigentes, pero si de la regulación de principios generales como el de la interpretación de ese carácter de “toda disposición legal... que establezca sanciones procesales”, por lo que se ha entendido que “en caso de duda sobre la aplicación de una norma se estará... a la conservación de validez de un acto procesal cuestionado”⁶³.

⁶² C2ªCivCom La Plata, 24/3/40, JA, 71-163; CCiv2ªCap, 14/11/38, LL, 12-775. En la doctrina sigue esta opinión, sin distinción alguna, TORRES, *Nulidades en el proceso penal*, p. 69 y siguientes.

⁶³ EDWARDS, *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación*, p. 67. La consagración de la doctrina de la interpre-

Pero si bien la prohibición de la analogía puede impedir la arbitración de un trámite no previsto, es preciso cuidar de no exagerar el principio hasta el punto de concluir en que la ausencia de una expresa mención del vicio como causa de nulidad bloquea toda posibilidad de declararla. La declaración en esa circunstancia puede apoyarse en la disposición legal taxativa de la ineficacia del acto⁶⁴ —que no es otra cosa que un modo de expresar elípticamente el carácter nulificador del defecto que le resta eficacia— o formularse desde los principios que rigen las nulidades implícitas o virtuales deducibles, como vimos, de la regularidad del sistema.

No es discutible que el fundamento de la aplicación estricta (mentada como interpretación restrictiva) de los tipos de nulidad, es la atención al aseguramiento de las finalidades del proceso⁶⁵. Lo difícil es concebir el tema circunscribiéndolo a situaciones de “duda sobre el defecto” en las que la nulidad tendría que ser desestimada⁶⁶, por cuanto el defecto del acto en desarmonía con el tipo procesal es uno de los objetos sobre los que puede recaer la duda,

tación restrictiva en el actual Código Procesal de la Nación es apuntada por TORRES, *Nulidades en el proceso penal*, p. 167, aunque sin aclarar el lugar de ubicación de la norma que origina su aplicación.

⁶⁴ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 295.

⁶⁵ COUTURE, *Fundamentos*, p. 381.

⁶⁶ BERIZONCE, *La nulidad en el proceso*, p. 91.

ya que ésta también puede abarcar otros extremos requeridos para la declaración, como es la de si el acto ha cumplido o no su finalidad⁶⁷.

Ahora bien –sin perjuicio de lo que se ha dicho sobre el *interés*–, la declaración de nulidad participa de los criterios limitativos generales de las decisiones jurisdiccionales: tal es el de la *reformatio in peius*, que puede ser desconocido, por ejemplo, cuando la declaración de nulidad impone retrogradar el procedimiento en contra del interés de aquel a quien, no dándose esa circunstancia, dicha declaración hubiese aventado los perjuicios que el acto defectuoso pudiera irrogarle⁶⁸.

⁶⁷ Sobre la cuestión de la *prueba* en materia de nulidades, es decir, de la *prueba del vicio* del acto, ver TORRES, *Nulidades en el proceso penal*, p. 103 y siguientes.

⁶⁸ “Si bien debiera declararse la nulidad de lo actuado ante el improcedente pedido fiscal, por el cual el ministerio público interviene respecto de un delito dependiente de instancia privada... que no fue denunciado por la exclusiva titular de la acción, y que, contra derecho, es admitido por el juez... quien dicta un sobreseimiento definitivo al respecto, sin advertir la falta de acción procesal que lo sustente; tal declaración por la alzada debe evitarse, por respeto a la doctrina inherente a la *reformatio in peius*, ya que la declaración de nulidad permitiría la realización de las pruebas omitidas, las que podrían perjudicar al procesado, provocador de la instancia ante la alzada” (CCrimCorrCap, Sala I, JA, 1985-II-536).

Conviene aclarar –porque a veces no parece entenderse así– que la doctrina de la *reformatio in peius* no pertenece exclusivamente al coto de los acontecidos recursivos.

D) SUBSANACIÓN DE LA NULIDAD

§ 45. *CIRCUNSTANCIAS DE SUBSANACIÓN*

Dijimos que todas las nulidades, incluso las declarables de oficio y de carácter absoluto, son subsanables; que los que varían son los aspectos temporales y circunstanciales de sanamiento, puesto que si unas lo son por la ocurrencia de la cosa juzgada —más allá de la cual no pueden oponerse ni declararse—, para las otras —las declarables a petición de parte y relativas— la ley fija plazos de oponibilidad a cuyo término caduca la facultad de instarlas y ya no pueden ser declaradas. Tal caducidad es, entonces, un supuesto de subsanación, al que la ley agrega los del consentimiento del acto viciado por el titular de la facultad de oponer la nulidad y el logro de los fines del acto respecto de todos los interesados en él, pese al vicio que contiene (art. 175, Cód. Proc. de Córdoba; art. 119, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 154, Cód. Proc. de Neuquén; art. 163, Cód. Proc. de Río Negro; art. 174, Cód. Proc. de Entre Ríos; art. 171, Cód. Proc. de la Nación, ley 23.984, etc.), aunque ya manifestamos que se debate la calidad de sanatoria de esta última circunstancia, lo que no es aceptado por parte de la doctrina y que desecha el art. 161 del Cód. Proc. de Santa Fe, considerando que lo que ella acarrea es la irrelevancia del vicio como productor de la nulidad.

Se ha remarcado la distinción entre la eliminación del vicio en cuanto actividad jurisdiccional previa al completamiento del acto, tendiente a evitar que éste se consume defectuosamente, y la subsanación que supera el defecto del acto cumplido en desmedro del tipo procesal, tornando innecesaria la declaración de nulidad. El concepto de subsanación, por consiguiente, se verifica cuando la irregularidad que puede fundar la declaración de nulidad, encuentra en otro acto o en circunstancias posteriores a aquél en la secuencia procedimental, un nuevo elemento que sustituye al defectuoso o llena la omisión del acto atípico⁶⁹.

§ 46. **LA COSA JUZGADA COMO HIPÓTESIS DE SUBSANACIÓN**

Que la cosa juzgada subsana cualquier nulidad, incluso las declarables de oficio y de carácter absoluto, aun cuando el defecto esté contenido en la misma sentencia que deviene firme, es regla común en la legislación procesal que la expresa, ya sea indirectamente, haciendo referencia a su insanabilidad durante el proceso, con lo que afirma su sanabilidad luego de la extinción del mismo (art. 178, Cód. Proc. de Italia, 1988), o directamente, disponiendo la caducidad de la facultad de declararlas una vez consagrada la cosa juzgada (art. 164, Cód. Proc. de

⁶⁹ CPenal SFe, Sala I, JA, 1975-27-557.

Santa Fe) o simplemente a su declarabilidad de oficio *mientras dure el proceso* (art. 172, Cód. Proc. de Córdoba; art. 117, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 171, Cód. Proc. de Entre Ríos, etc.), pero no cuando éste ha cesado.

Obvio es aclarar que por *cosa juzgada*, se entiende la sentencia definitiva que ha superado todos los grados recursivos (por haber sido utilizados o haberse extinguido la oportunidad de promoverlos), incluso los extraordinarios, con excepción, claro está, de la acción de revisión, puesto que ella nunca tiende a la reacomodación del fallo al tipo procesal, sino a la afirmación de un mérito contrario al sostenido en la sentencia firme (aun cuando se acuda a la fórmula de la *anulación con reenvío* para que se dicte una nueva sentencia).

§ 47. **SANATORIA DE CADUCIDAD**

En cuanto a las nulidades declarables a petición de parte, expusimos que la primera causal de subsanación que aparece en la ley es la de caducidad de la facultad de oponerlas por parte del titular de ellas.

Algunas leyes procesales que todavía conservan vigencia entre nosotros, no determinan el término en que se produce esa caducidad, aunque no dejan de imponer algún límite, como pasaba con el Código de Procedimiento Penal de la Nación, cuyo art. 513 exigía el reclamo de la nulidad "en la misma instancia" en que se hubiese introducido el acto defectuoso (aunque no

faltan tribunales que consideran subsanada la nulidad si no se la opone en el plazo de cinco días de haberse realizado el acto o de tener conocimiento de él, aplicando subsidiariamente el trámite de los incidentes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; situación que, por supuesto, ha cambiado en el nuevo Código, ley 23.984, que consagra el régimen general expuesto a continuación).

Normalmente los códigos que siguen el sistema de la oralidad hacen coincidir el término *ad quem* del plazo de oposición con el de la etapa del procedimiento en que se verifica el acto defectuoso. Con ligeras variantes los códigos argentinos establecen normas similares a la contenida en el art. 174 del Cód. Proc. de Córdoba: "Las nulidades sólo pueden ser opuestas, bajo pena de caducidad, en las siguientes oportunidades: 1) las producidas en la instrucción, durante ésta o en el término de citación a juicio...; 2) las acaecidas en los actos preliminares del juicio, inmediatamente después de la lectura con la cual queda abierto el debate, o de la intimación prevista en el art. 435; 3) las producidas durante la tramitación de un recurso ante el tribunal de alzada, inmediatamente después de abierta la audiencia prescripta por los arts. 488 o 489, o en el alegato escrito" (ver art. 118, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 173, Cód. Proc. de Entre Ríos; art. 153, Cód. Proc. de Neuquén, etcétera). En estas regulaciones se menciona, como excepción, la posibilidad, otorgada por la ley, de poder plantear la cuestión de incompe-

tencia territorial en oportunidad del debate (art. 388, Cód. Proc. de Córdoba) que, aunque no importe una expresa autorización para declarar la nulidad, ésta puede ser una consecuencia de aquella incompetencia⁷⁰.

Otros códigos procesales traen plazos exclusivamente temporales; así el de Santa Fe autoriza la oposición de la nulidad “dentro de los tres días de la notificación del acto o del conocimiento de la irregularidad, o de la primera actuación o diligencia posterior en que intervenga (la parte), salvo la producida en audiencia que deberá oponerse en la misma” (art. 165, párr. 1º, Cód. Proc. de Santa Fe)⁷¹.

§ 48. *CONSENTIMIENTO DEL ACTO VICIADO*

Otra circunstancia de subsanación es el consentimiento del acto viciado por la parte que tiene derecho a oponer la nulidad, a lo que se refieren las leyes argentinas en la cláusula: “Cuando el que tenga derecho a oponerlas haya aceptado, expresa o tácitamente, los efectos

⁷⁰ BERNALDO DE QUIRÓS - RODRÍGUEZ, *Nulidades en el proceso penal*, p. 51 y 52.

⁷¹ “La nulidad producida en un reconocimiento en rueda de personas, al que asiste el defensor técnico del imputado, tuvo que oponerse en la misma audiencia que se estaba realizando (art. 165, Cód. Proc. Penal), siendo inoportuno y, por ende, inadmisibles, su planteamiento posterior, sin perjuicio de que el juez pueda atender a las observaciones para meritar el valor de la prueba (CPenal SFe, Sala I, “Autos”, 50:328).

del acto” (art. 175, Cód. Proc. de Córdoba; art. 119, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 154, Cód. Proc. de Neuquén; art. 163, Cód. Proc. de Río Negro; art. 165, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 171, Cód. Proc. de la Nación, ley 23.984).

La aceptación expresa comprende tanto la manifestación taxativa de ella (en sentido positivo), cuanto la renuncia de igual manera a oponer la nulidad. Tratándose de una nulidad sanable por esta circunstancia, la reserva de oponerla con posterioridad, formulada al producirse la aceptación, carecerá de eficacia (aun cuando no haya decaído el plazo de oponibilidad): la aceptación expresa es *sin cargo* y definitiva; no tiene vigencia la protesta de la nulidad para hacerla valer en otra instancia.

La aceptación tácita puede proceder tanto del cumplimiento de la carga que el acto impone, cuanto de la realización de la actividad procesal que importa valerse “de la facultad a cuyo ejercicio el acto nulo estaba preordenado” (art. 183-1, Cód. Proc. de Italia, 1988); así —establece el mismo cuerpo legal— “la nulidad de una citación” o de una “comunicación y notificación es sanada si la parte interesada ha comparecido o ha renunciado a comparecer” (art. 184-1), conclusión reconocida entre nosotros por la doctrina⁷². Ésta es la aceptación que, eventualmente, podría quedar enervada por la protesta de recurrir.

⁷² BERNALDO DE QUIRÓS - RODRÍGUEZ, *Nulidades en el proceso penal*, p. 76.

Los casos de consentimiento tácito se encuentran cercanos a los de subsanación, o imposibilidad de declarar la nulidad por haber cumplido el acto sus finalidades procesales, pese a los defectos que lo descalifican; pero no es correcto –desde el punto de vista de la tipicidad procesal– considerar que se trata de consentir tácitamente los efectos del acto defectuoso el “dejar vencer el plazo fijado por la ley” o “no formular la oportuna protesta de recurrir”, pues si bien puede configurar una “presunción legal de renuncia a la invalidación”⁷³, en realidad se está ante un supuesto de subsanación por caducidad.

Sí puede tratarse de un consentimiento tácito no emplear los recursos que expresamente la ley concede contra una decisión jurisdiccional errónea que puede transformar el acto en nulo⁷⁴.

Salvo en las hipótesis en que puede admitirse la protesta de recurrir, también cuando media aceptación tácita la oposición posterior de la nulidad resultará inadmisibles, aunque no hubiese vencido el plazo para instar su declara-

⁷³ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 132.

⁷⁴ Por ejemplo, la decisión que impide a la defensa ampliar un interrogatorio o repreguntar aplicando erróneamente el derecho, que puede tornar nula la declaración del testigo: “Si el afectado tenía a su disposición un recurso de apelación diferido, que no empleó, para solucionar el error judicial de limitar arbitrariamente su facultad de dirigir preguntas al testigo, no corresponde declarar la nulidad del acto respectivo” (CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 59:144).

ción, “por tratarse de una conducta incompatible con la anterior”⁷⁵.

Un tema donde la solución puede dar pie al debate es el de la comparecencia a la audiencia por la parte cuya citación se omitió o cuya notificación contiene defectos que hacen viable la nulidad, manifestando que lo hace al solo fin de oponer la misma. El Código Procesal italiano hoy vigente zanja la cuestión otorgándole a la parte un plazo para que pueda preparar y ejercer la defensa (art. 183-2 y 3); entre nosotros, la ausencia de una regulación en este sentido acarrea dudas: pareciera que si la parte ha concurrido a la audiencia, el acto de citación, por viciado que estuviere, o aun cuando se lo haya omitido, ha “conseguido su finalidad respecto del interesado”; mas se trata de una solución relativa que dependerá de las circunstancias. El tema se puede generalizar a todas las hipótesis de intervenciones en actos posteriores, dependientes del acto defectuoso, de la parte que puede verse afectada por él.

Habrán casos en que la presencia del interesado (o su actividad) teniendo como principal objetivo controlar el acto –según el tipo– agotará la finalidad de éste (p.ej., en un reconocimiento de personas). Entonces, por más defectos que existan en la citación (o en el acto precedente), la finalidad de ella se habrá cumplido con tal presencia.

⁷⁵ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 132.

Pero en otros supuestos (especialmente cuando la ley establece un plazo previo a la realización del acto para la ejecución de ella –p.ej., para ciertas audiencias–) la citación, en general, también tiene por objeto permitir la preparación de la intervención que cabe a la parte; entonces ya no podrá sostenerse que la parte que comparece habiendo tenido un conocimiento imperfecto de la realización del acto –y que lo hace con la finalidad de demandar la nulidad– ha prestado su consentimiento para el mismo, ni que la citación imperfecta haya cumplido la finalidad típica.

La cuestión es resuelta en otros sistemas por una reposición total del plazo, con regulación que ha sido propuesta entre nosotros por el proyecto de reformas del Poder Ejecutivo de 1987, en cuyo art. 119 se establecía: “Quien, sin culpa, por defecto de la notificación o por fuerza mayor que no le sea imputable o por un acontecimiento fortuito insuperable, se haya visto impedido de observar un plazo y desarrollar en él una actividad prevista en su favor, podrá obtener la reposición íntegra del plazo, con el fin de realizar el acto omitido o ejercer la facultad concedida por la ley, a su pedido”.

§ 49. *EL CUMPLIMIENTO DE LA FINALIDAD DEL ACTO*

Puede decirse que el acto cumple su finalidad respecto de los interesados cuando, pese a

sus irregularidades, no ha obstaculizado el ejercicio de sus facultades procesales⁷⁶.

Nuestros códigos –con excepción de uno, como vimos– tratan la hipótesis como supuesto de subsanación⁷⁷. Pero, según también se apuntó, asignarle esa naturaleza es discutible: si descartamos los numerosos casos que se enuncian como de cumplimiento de la finalidad del acto que en realidad pertenecen al campo de otras sanatorias, el acto imperfecto que, sin embargo, logra su finalidad procesal no puede *interesar* para oponer su nulidad al titular de esa facultad, porque de haber sido perfecto hubiese tenido las mismas consecuencias y, generalmente, él mismo habrá consolidado sus efectos ejerciendo la actividad relacionada con dicho acto. En ninguna de esas circunstancias será interesado en la observancia de la norma violada.

En verdad, los supuestos propios de cumplimiento de la finalidad del acto (p.ej., notificación con vicios formales que no obstante otorgó a la parte los conocimientos que le eran necesari-

⁷⁶ Por ejemplo, un acto procesal que acusa omisiones puede cumplir la finalidad de habilitar el ejercicio de la jurisdicción: “No es nula la pieza acusatoria que omite reclamar la imposición de la pena de inhabilitación que determina en forma conjunta con la alternativa de prisión o multa el art. 94 del Cód. Penal”, porque “ello no impide al magistrado –habilitado por la acusación– aplicar la pena que legalmente corresponde” (CCrimCorrCap, Sala III, *Zeus*, 21-R-9).

⁷⁷ También es tratada de ese modo en el derecho comparado, p.ej., art. 71 bis del Cód. Proc. Penal –ley 18.857–, ver SALAS VIVALDI, *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil y penal*, p. 213.

rios), son aquellos en los que los defectos quedan convertidos –por imperio de circunstancias contemporáneas o posteriores a la realización que son demostrativas del cumplimiento de la finalidad– en meras irregularidades sin trascendencia nulificatoria. Por ello no deja de estar justificada la doctrina (y el legislador santafesino) cuando presenta el incumplimiento de la finalidad del acto respecto de los interesados como presupuesto de la declaración de nulidad, desechando su cumplimiento como sanatoria⁷⁸.

Sin embargo, esta opinión (que es la de CLARÍA OLMEDO y que además del Código ya citado encuentra consagración en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) no es seguida en nuestra doctrina, parte de la cual reafirma que el cumplimiento de la finalidad típica por el acto defectuoso es causal de subsanación “por cuanto siempre partimos de la existencia de un acto irregular o viciado” (BERNALDO DE QUIRÓS, RODRÍGUEZ), lo que, aun siendo cierto,

⁷⁸ Ver LEONE, *Tratado*, t. I, p. 712: “la insanabilidad de las nulidades absolutas... se refiere exclusivamente a las verdaderas y propias sanatorias... no se refiere, en cambio, a la hipótesis en que el acto haya conseguido el efecto en relación a todos los interesados”.

La jurisprudencia mendocina, pese a trabajar con un Código donde el cumplimiento de la finalidad del acto se prevé como causa de subsanación (art. 176, inc. 3º, Cód. Proc. de Mendoza), ha considerado el incumplimiento como presupuesto de declaración de la nulidad: “La nulidad es la declaración de ineficacia de un acto procesal por defecto de alguno de sus elementos esenciales, lo cual *le impide cumplir con sus fines*” (SCMendoza, 2/8/71, citado por ÁBALOS, *Código Procesal Penal de Mendoza*, t. I, p. 190).

nada dice en contra de aquélla, ya que lo que está en juego no es la existencia del vicio, sino la posibilidad de declarar la nulidad; existen, como ésta, otras hipótesis en las cuales la irregularidad típica del acto no permite dicha declaración (p.ej., cuando la nulidad no está prevista como consecuencia, según la regla de la *especificidad-taxatividad*). Por otro lado, aun quienes insisten en el carácter sanatorio de la hipótesis tratada, admiten que hay supuestos, no de nulidades relativas, sino absolutas, que “no pueden ser declaradas cuando el acto irregular ha conseguido su fin respecto de todos los interesados” y parece incongruente que respecto de una nulidad absoluta el incumplimiento de la finalidad del acto sea presupuesto de su declaración y no lo sea respecto de una relativa⁷⁹.

Huelga aclarar que el logro de la finalidad hace referencia aquí a la finalidad que la ley procesal en su tipificación asigna a los actos y no a la que las partes pretenden conseguir con ellos, más allá del tipo⁸⁰.

⁷⁹ Todo esto termina relacionado con el principio de trascendencia perjudicial del acto defectuoso, puesto que cuando éste –pese a su carácter– ha cumplido su finalidad, no puede existir un perjuicio irrogado ilegítimamente; estaríamos, si pensásemos lo contrario, abriendo la posibilidad de declarar la nulidad “por la nulidad misma”, es decir, retrotrayéndonos a un sistema ritualista (sobre el principio de trascendencia, ver MAURINO, *Nulidades procesales*, p. 45 y siguientes). Es del todo incorrecta la idea de excepcionar de ese principio a las nulidades declarables de oficio y absolutas (PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. IV, p. 180).

⁸⁰ Es más, dadas ciertas circunstancias, la misma ley puede plantear finalidades que obliguen a una estimativa de

E) EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

§ 50. *INVALIDACIÓN DEL ACTO*

La declaración de nulidad de un acto afirma su invalidez determinando su ineficacia procesal: desaparecen los efectos procesales que habría producido o estaba produciendo y se lo esteriliza de los futuros que debía producir según el tipo procesal que se ha incumplido. Estas consecuencias –como veremos– pueden no quedar reducidas al acto defectuoso, sino extenderse a otros que en sí mismo no son defectuosos.

mérito negativa del acto realizado, como puede ocurrir cuando una persona que tiene que ser reconocida en el acto típico procesal pertinente, fue mostrada con anterioridad a quien tiene que reconocerla: “El hecho de haber conocido a la persona imputada con anterioridad no implica, de por sí, nulidad alguna; ello surge con toda claridad del art. 187 del Cód. Proc. Penal, que, precisamente, parte entre otras, de la necesidad de identificar a una persona a quien *efectivamente se conoce*” (CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 56:125).

Vale la advertencia de que, a veces, un acto distinto que lleva a cabo la parte, al terminar equivaliendo al acto viciado u omitido, es el que cumple la finalidad de la ley, en cuyo caso tampoco se justifica la declaración de nulidad, aun cuando el acto realizado también en sí mismo se encuentre viciado; es un caso excepcional pero que puede suceder: “Si la revocatoria es inadmisibles, pero la parte la interpuso y el juez la consideró, no se puede sostener que la falta de una notificación formal de la resolución recurrida acarree la nulidad de lo actuado (reajuste de honorarios, en el caso) por violación del derecho de defensa”; la interposición de la revocatoria, siendo en sí inadmisibles, equivalió, sin embargo, a la notificación (CPenal SFe, Sala I, “Autos”, 50:196).

Conviene advertir que la invalidación únicamente refiere a los efectos del acto según el tipo procesal⁸¹, puesto que el acto procesalmente ineficaz cuya nulidad se ha declarado puede producir efectos en otros campos del derecho. Por ejemplo, el ingreso irregular de una misiva como prueba en el proceso penal puede constituir un delito contra la libertad (violación de papeles privados o del secreto profesional). No se trata, sin embargo, de una regla absoluta –al menos con referencia al derecho penal–, porque cuando el ataque al bien jurídico protegido penalmente depende de la incidencia procesal del acto (como ocurre en muchos delitos contra la administración de justicia), la nulidad de éste puede descartar la existencia de ese ataque presentando un supuesto de atipicidad (p.ej., la nulidad del embargo respecto del delito de depositario infiel del art. 263, Cód. Penal).

§ 51. *NULIFICACIÓN PARCIAL*

La declaración de nulidad de un acto importa la consecuencia de su invalidez total, aunque su estructura sea compleja. En principio, y en virtud de la unidad del acto procesal, la circunstancia de que el vicio que es causa de nulidad se inserte en uno de sus aspectos y no en otros, no significa que la invalidación se parcialice en aquél, sino que recae sobre el acto completo.

⁸¹ CLARIA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 268.

La unidad del acto, claro está, no depende tanto de su estructura formal, cuanto de la unidad de sus efectos procesales. Así, una declaración vertida por escrito en la instrucción, a la que no se dio lectura al finalizar el acto –si dicho requisito estuviese contemplado “bajo pena de nulidad”– resultará nula en su totalidad y no sólo en la cláusula de cierre del acto (esto último permitiría, luego de declarar la nulidad “parcial”, completarlo adecuando la cláusula a la exigencia formal).

Pero hay actos formalmente unitarios que son parcializables en sus efectos procesales, puesto que éstos radican en sectores autónomos, relativamente independientes entre sí por razones objetivas o subjetivas. Formalmente la sentencia es un acto unitario, pero cuando en ella se resuelven las situaciones de una pluralidad de procesados y el defecto que es causa de la nulidad se refiere a uno solo de ellos, la declaración de nulidad podrá limitarse al fallo que a él le compete y no extenderse a los demás (salvo que existan razones de conexidad que provoquen un efecto extensivo que luego explicaremos)⁸². También la sentencia que resuelve dos acciones distintas, la penal y la civil, puede

⁸² CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 44:16. Pero en el caso de pluralidad de procesados, aunque el motivo de la nulidad quede referido a uno solo de ellos, el efecto nulificador puede extenderse a todo el acto en circunstancias especiales; de tal modo se ha decidido que “la nulidad de la sentencia dictada contra quien se hallaba en situación de rebeldía afecta a la totalidad del acto –incluyendo la decisión recaída sobre los co-

ser declarada nula en la civil, que es accesoria, manteniendo su validez en la principal, es decir la penal; lo mismo ocurre con la que resuelve sobre hechos plurales no relacionados entre sí⁸³.

En tales casos –aunque con cierta impropiedad terminológica– puede hablarse de *nulificación parcial*, la que en el régimen procesal civil de la Nación se encuentra específicamente prevista (art. 174, párr. 2º, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

La doctrina, mencionando la *fraccionabilidad* del acto, explica la nulidad parcial sosteniendo que los motivos (causas) de ella pueden referir a una de las fracciones del acto y no a otras⁸⁴, pero en realidad a lo que hay que atender es a la independencia de los efectos sectoriales de la estructura fraccionable.

§ 52. *SUBSISTENCIA DE EFECTOS DEL ACTO ANULADO*

Aunque ya nos hemos referido al tema podemos insistir en él desde un punto de vista

procesados– cuando aquella declaración, limitada al rebelde, puede llevar a desconocer las normas sobre conexidad (art. 35, Cód. Proc. Penal)” (CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 59:76).

⁸³ “Si la causa se encontraba en condiciones de ser fallada, al menos por un hecho, no se debió decretar la nulidad total de los escritos de defensa y de todo lo actuado con posterioridad, dado que tratándose... de hechos independientes, y habiendo las defensas contestado la acusación en cuanto a uno de esos hechos, debió dictarse sentencia a su respecto” (CCrimCorrCap, Zeus, 21-R-55).

⁸⁴ BERNALDO DE QUIRÓS - RODRÍGUEZ, *Nulidades en el proceso penal*, p. 34 y 35.

más general, menudeando en ejemplos explicativos de las soluciones que esbozáramos.

Dijimos que el acto defectuoso produce los efectos del tipo procesal al que pretendió adecuarse, los que recién desaparecen con la declaración de nulidad (lo que es válido para toda nulidad procesal, a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el cual la declaración de que un acto es nulo importa una afirmación de que el mismo no produjo efectos, mientras que la del acto anulable se limita a impedir la producción de los futuros), pero también dijimos que esa desaparición se refiere sólo a los efectos procesales, sin rozar, en principio, la incolumidad de los efectos que el mismo acto puede haber producido en el derecho sustancial (civil, penal, administrativo). Por ejemplo, el desacato cometido en una audiencia que luego es declarada nula; el reconocimiento expreso de una deuda formulado en una indagatoria que es declarada nula por defectos de garantías formales que la desacomodan del tipo procesal penal (p.ej., por haber sido recibida bajo juramento), no son efectos que puedan desaparecer por haberse declarado la nulidad en el proceso penal.

Pero, como ya lo hemos adelantado, en ciertas ocasiones tal conclusión puede ser improcedente, por estar los efectos procesales de tal modo imbricados con los sustanciales, que la invalidez procesal concretada por la declaración de nulidad se refleja en estos últimos. Eso pasa cuando la amenaza al bien jurídico prote-

gido por las normas sustanciales únicamente podría concretarse como amenaza al mismo a través de los efectos procesales de un acto de esa naturaleza; por ejemplo, el falso testimonio sólo puede amenazar al bien jurídico penalmente protegido cuando la declaración del testigo puede ser tomada como valedera para el examen de mérito de la causa, mas no cuando se ha declarado su nulidad.

§ 53. **VALOR PROCESAL “SUBSIDIARIO”
DEL ACTO DECLARADO NULO**

Sin embargo, no solamente en la esfera sustancial los actos procesales declarados nulos pueden conservar aspectos con efectos válidos; a veces puede ocurrir también en la esfera procesal: cuando un acto del proceso desempeña o puede desempeñar distintos cometidos que se adecuan a diferentes tipos procesales, la declaración de su nulidad pronunciada en consideración a uno de esos tipos, puede no interferir en su validez respecto de los otros tipos. Los casos, si bien bastante excepcionales, no dejan de presentarse.

El ejemplo clásico es el acto de toma de conocimiento por la autoridad de la existencia de un hecho con características delictuosas. Dicho conocimiento puede ser alcanzado por medio de la denuncia o por cualquier otro medio que puede constituir la *notitia criminis*; una denuncia prohibida (p.ej., por mediar parentesco con el imputado) o inadmisibile (p.ej., anóni-

ma), podrá ser nula como denuncia, pero de todos modos constituirá *notitia criminis*, con base en la cual el fiscal podía requerir la instrucción, salvo en las hipótesis en que la denuncia formalmente válida es requisito de procedencia de la acción (delitos dependientes de instancia privada). Aun puede ocurrir que la misma *notitia criminis* se inserte en un acto delictuoso (p.ej., violación del secreto profesional) que no será válido como denuncia, pero significaría desconocer la realidad sostener que tampoco opera los efectos de aquella noticia⁸⁵. Esta particular cuestión –en la que gran parte de la jurisprudencia opina de modo distinto– la tratamos más adelante.

Este fenómeno, que ha sido denominado de la *conversión del acto*, constituye una aplicación del principio de que “lo útil no se vicia por lo inútil”, ha sido descrito por LEONE⁸⁶: la circunstancia de que “el acto sea nulo con referencia a su función”, es decir, “inidóneo para producir los efectos que la ley vincula a aquel

⁸⁵ “El hecho de que la autoridad interviniente en el proceso haya cometido algún ilícito en su formación o en su secuencia, en cuanto el mismo ilícito no implique la violación de garantías constitucionales (p.ej., obligar a alguien a declarar mediante apremios), no puede arrastrar la nulidad del proceso y con ello la impunidad del delito o falta, cometido por el justiciable, salvo en el caso en que se precisan actos formales para abrir los procedimientos (como puede ser la denuncia en los delitos dependientes de instancia privada)” (CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 56:119).

⁸⁶ LEONE, *Tratado*, t. I, p. 726 y ss., aludiendo al ilustrativo ejemplo de las impugnaciones.

determinado acto”, no obsta a que pueda presentar, en cambio, “los requisitos formales y sustanciales para la obtención de aquellos efectos que la ley vincula a otro acto procesal”.

§ 54. **EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS
DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD**

La invalidez del acto declarado nulo puede extenderse a otros actos que son típicamente perfectos. Esa extensión se produce en algunos casos *ope legis* y en otros mediante una expresa declaración del órgano jurisdiccional que ha declarado la nulidad del acto imperfecto.

La primera de esas circunstancias sucede cuando el acto nulificado es presupuesto de otros que lo suceden en el proceso. Pero puede tratarse de un presupuesto procesal o de un presupuesto material; aquella naturaleza se entiende sin dificultad, sea como aplicación del principio de congruencia (entre indagatoria, procesamiento, requisitoria de elevación a juicio, acusación y sentencia), sea en razón de que el acto anulado opera como requisito *sine qua non* de realización de otro subsiguiente “en la específica función asignada por la ley”⁸⁷ (p.ej., la invalidez de una designación de oficio de un defensor acarrea la invalidez del acto de defensa)⁸⁸. Las

⁸⁷ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 134.

⁸⁸ Por el contrario, la nulidad deja subsistentes “las piezas que por su naturaleza o fuentes, se independizan del procedimiento viciado” (CFed Córdoba, 7/11/67, ED, 22-176).

leyes emplean expresiones más o menos similares para mencionar tales hipótesis de extensión: “La nulidad de un acto, cuando fuere declarada hará [vuelve] nulos aquellos actos consecutivos que de él dependan” (art. 176, Cód. Proc. de Córdoba; art. 189, Cód. Proc. de Italia, 1930; art. 185, Cód. Proc. de Italia, 1988; art. 120, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 175, Cód. Proc. de Entre Ríos; art. 166, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 172, Cód. Proc. de la Nación, ley 23.984, etcétera). Las relaciones que se dan entre esos actos denotan la innecesariedad de un pronunciamiento expreso disponiendo la extensión⁸⁹.

Morigerando una opinión de MANZINI –quien consideraba que la aseveración de la procedencia de pleno derecho de dicha extensión es ilusoria, “por cuanto si el tribunal no declara la nulidad de los actos dependientes del anulado éstos mantienen plena eficacia”– se ha dicho que aunque no se tenga que declarar la nulidad de los actos consecutivos dependientes de modo expreso, pero sí de ese modo tienen que ser concretamente indicados, pues si no lo son, no operaría el efecto extensivo *de iure* a su respecto⁹⁰. Sin embargo, pertenece a la esencia de

⁸⁹ “Sin indagatoria válida, todo el proceso posterior en cuanto sea secuencia de ese acto fundamentalmente nulo es también inválido, inclusive la sentencia que meritó estos medios de prueba ineficaces” (CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 55:212).

⁹⁰ NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, p. 153.

ese efecto que el mismo se produzca sin necesidad de declaración alguna (y señalarlos implicaría, al fin, esa declaración), sin perjuicio, claro está, del debate que podría suscitarse sobre la dependencia de algunos de ellos con el anulado.

Cuando se trata de actos nulificados que son presupuestos materiales de otros —a cuyo respecto asumen dimensiones procesales desde que son actos que suceden al declarado nulo a los que se extendería la nulidad— parecerían aplicables las mismas reglas. Sin embargo, las muy particulares características de los casos que la jurisprudencia ha hecho caber en los efectos extensivos de la nulidad requeriría una taxativa determinación de sus límites, jurisdiccionalmente manifestada; tal es lo que ocurre con la llamada *teoría de los frutos del árbol envenenado*, a partir —en especial— del caso “Montenegro”. Según lo resuelto por la Corte Suprema, la nulidad de un acto de investigación en el que se emplearon apremios ilegales se extiende a otros actos mediante los cuales se obtuvieron pruebas a raíz de las manifestaciones del apremiado, y de allí a la sentencia que hizo mérito de esas pruebas. Aunque posteriormente la misma Corte ha ido recortando algunas consecuencias extremas que se pretendieron hacer proceder de la teoría, tal es, en apretada síntesis, su contenido. Pero, precisamente, tanto por la misma vaguedad teórica con que aún hoy algunos la siguen presentando, cuanto porque atañe a los aspectos probatorios, se hace indispensable explicitar las consecuencias del efecto

extensivo en la decisión jurisdiccional dando razón de la relación de dependencia⁹¹.

§ 55. **HIPÓTESIS DE DECLARACIÓN EXPRESA
DE LA EXTENSIÓN**

En otros supuestos la misma ley requiere una expresa declaración jurisdiccional sobre la extensión de los efectos de la nulidad: cuando éstos, por razones de conexidad, vienen a producirse sobre actos anteriores al anulado o concomitantes con él (art. 189, Cód. Proc. de Italia, 1930; art. 176, Cód. Proc. de Córdoba; art. 120, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 175, Cód. Proc. de Entre Ríos; art. 166, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 172, Cód. Proc. de la Nación, ley 23.984, etcétera).

⁹¹ Los comentarios y derivaciones del fallo de la Corte Suprema en el caso "Montenegro", generaron un enorme caudal de literatura de constitucionalistas (BIDART CAMPOS), procesalistas (como DE LA RÚA), penalistas, etcétera. Por nuestra parte intentamos alcanzar el equilibrio entre las garantías individuales y las necesidades del *ius puniendi* con una distinción que hoy nos parece algo artificial (CREUS, *Proceso penal y justicia*, en "Revista de Estudios Procesales", n° 37, p. 30 y siguientes). Ver una exposición exhaustiva, encuadrada en el tratamiento de las prohibiciones probatorias, en MAIER, *Derecho procesal*, t. 1-B, p. 412 y siguientes. Sobre el tema de la prueba irregular ver, además, CAFFERATA NORES, *Los frutos del árbol envenenado. La prueba obtenida por quebrantamiento constitucional*, en "Doctrina Penal", 1987-491 y ss.; MINVIELLE, *La prueba ilícita en el proceso penal y allanamiento ilegal: violación del derecho a la intimidad y a la garantía del debido proceso*, en "Doctrina Penal", 1987-395 y ss.; TORRES, *Nulidades en el proceso penal*, p. 169 y siguientes.

La exigencia de conexidad indica el carácter del acto que puede resultar nulo por extensión. En general, se trata de actos que, pese a ser anteriores o concomitantes en la secuencia procedimental respecto del defectuoso, se concretan procesalmente a través de la realización de éste (p.ej., la nulidad de la querrela –admitida irregularmente– por falta de acción de quien insta como querellante, se extiende al mandato que éste otorgara para querellar).

La relación de conexidad entre el acto anulado y los actos anteriores o concomitantes con él, a los que se extienden los efectos nulificatorios, ha sido descripta para estos últimos como la que se manifiesta en una *integridad conceptual*, en la que se unifica indisolublemente el destino de los plurales actos –como ocurre, por ejemplo, con la nulidad de una notificación para una audiencia necesariamente común, que se extiende a las notificaciones no defectuosas–, y para los primeros, por la circunstancia de que la finalidad del acto anterior se consuma con la realización válida del anulado –como la nulidad del debate a raíz de la nulidad de la sentencia dictada en base al mismo, por lo que aquél tiene que repetirse ante el tribunal de reenvío– (ambos son ejemplos de NÚÑEZ y CLARÍA OLMEDO).

En estos casos, aunque la nulidad del acto posterior o concomitante no sea de las declarables de oficio y aunque no medie petición de parte sobre el efecto extensivo, el juez tiene el deber de pronunciarse expresamente sobre dicho efecto. Al tratarse de un pronunciamiento

de oficio, aquél no solamente podrá suplir la omisión de la petición de extensión, sino también, en caso de mediar instamiento sobre ello, extender la invalidación más allá de la petición formulada.

En defecto de tal pronunciamiento expreso, los actos anteriores o concomitantes seguirán produciendo sus efectos precarios y las *nulidades por extensión* quedarán subsanadas en los mismos términos y con los mismos remedios con que hubiese quedado subsanada la nulidad declarada sobre el acto defectuoso; si se tratase de una nulidad declarable de oficio y absoluta, por la cosa juzgada; si se tratase de una nulidad declarable a petición de parte y relativa, por las otras circunstancias previstas por el legislador como causas de subsanación.

§ 56. **LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y LOS CONFLICTOS DE LEYES EN EL TIEMPO**

Los principios que acabamos de exponer pueden resolver los conflictos de leyes sucesivas cuando actos correctamente practicados en el proceso, según una ley, dejan de serlo según la ley que la sustituye, siguiendo el curso de dicho proceso cuando se produce la sustitución.

El caso se planteó prácticamente a raíz de la reforma operada en el Código Penal por la ley 21.338, que introdujo como delitos dependientes de instancia privada a algunos que éste no contemplaba en la versión de la ley 20.509, y volvió a plantearse con la reforma de la ley 23.487,

ejecutada luego de que la ley 23.077 volviera a los esquemas del viejo Código.

Existían, en el momento de ambos cambios legislativos, procesos pendientes correctamente promovidos, pero en los cuales, luego de esos cambios, al no haberse producido en ellos el acto de instancia del ofendido, el ejercicio de la acción pública quedaba sin sustento. En otros términos, en ellos la instancia de promoción del fiscal había sido posible en su momento, pero a partir de las nuevas leyes esa instancia se había tornado inadmisibile.

Superado el antiguo debate sobre si el acto de instancia es mera condición de procedibilidad –de carácter puramente formal– o integra los rasgos sustanciales de la acción procesal penal, con la prevalecencia de esta última opinión, evidentemente lo actuado en esos procesos a partir del cambio legislativo, sin mediar instancia de parte, tenía que ser declarado nulo, pero ¿se debía extender esa nulidad a los actos anteriores que habían sido realizados de conformidad con la ley que estaba vigente en el momento en que se requirió la instrucción? Así lo entendieron algunos tribunales⁹²; sin embargo, otros, atendiendo a los principios que rigen la sucesión de leyes en el tiempo en el derecho

⁹² “Corresponde declarar la nulidad de las actuaciones dirigidas a la individualización y persecución del presunto autor, en las causas iniciadas con anterioridad a la ley 21.338, donde no hubiese denuncia o interés en continuar la acción por parte de la víctima” (C3^aPenal La Plata, en pleno, 30/3/78, JA, 1979-I-3).

procesal, decidieron que la declaración de nulidad sólo podía recaer sobre los actos realizados con posterioridad a la entrada en vigencia de las nuevas leyes, archivándose la causa y dejando librada su prosecución o extinción al avatar de que se produjera o no el acto de instancia del ofendido dentro del plazo de la prescripción⁹³.

§ 57. **RENOVACIÓN O RECTIFICACIÓN
DEL ACTO ANULADO**

Como una especie de efecto *reflejo* de la declaración de nulidad en cuanto determina la invalidación de un acto o de una secuencia procesal integrada por una pluralidad de ellos, aparece la posibilidad de renovación o rectificación de los mismos, corrigiendo los defectos que fueron causa de la declaración, por medio de la realización de un acto similar –en el primer caso– o de la convalidación del anulado, agregándole el elemento típico omitido o sustituyendo el erróneamente introducido, en el segundo. Para renovar el acto se lo rehace; para rectificarlo se lo corrige.

Existiendo la posibilidad de renovación o rectificación es un deber del juez o tribunal dis-

⁹³ “Cuando la acción no se encuentra prescripta y ella no puede ser proseguida por imperio de una nueva ley, a raíz de la exigencia por ésta de un acto de instancia que no se ha producido en el proceso, corresponde declarar la nulidad de los actos cumplidos bajo la vigencia de la nueva ley y disponer el archivo de las actuaciones” (CPenal SFe, Sala I, “Fallos”, 57:170).

ponerla, puesto que al fin no sería más que una aplicación del principio que impone al magistrado el deber de eliminar el vicio que es causa de la nulidad, aunque ya no como actividad de prevención, sino como de reparación de la regularidad del proceso. Dicho carácter imperativo está manifestado por la ley cuando dispone que el juez o tribunal que declare la nulidad “ordenará, cuando fuere necesario y posible, la renovación o rectificación de los actos anulados” (art. 176, Cód. Proc. de Córdoba; art. 120, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 175, Cód. Proc. de Entre Ríos; art. 166, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 172, Cód. Proc. de la Nación, ley 23.984; art. 189, Cód. Proc. de Italia, 1930; art. 185, Cód. Proc. de Italia, 1988, etcétera).

Dos son, pues, los presupuestos de viabilidad de esos procedimientos: *necesariedad* de la renovación o rectificación, que se presenta cuando la misma existencia del proceso o la indispensable observancia de las garantías de los justiciables dependen de la validez del acto cuyo tipo procesal pretendió cumplir el anulado, y *posibilidad* de ellas, pues hay actos de imposible reproducción por razones procesales o materiales.

De lo hasta aquí dicho se infiere que existen tres clases de actos procesales en orden a la influencia que la declaración de nulidad puede tener en el destino final de su existencia en el proceso: *a)* actos cuya declaración de nulidad los elimina definitivamente del proceso por imposibilidad jurídica o material de renovarlos

(p.ej., una declaración testimonial vertida en el debate por quien no podía ser convocado como testigo; una pericia, cuando para practicarla se agotó el material periciable, etc.); b) actos cuya declaración de nulidad los elimina del proceso, pero sin que ello impida su sustitución por otros que respondan al tipo procesal que –por lo demás– será necesaria para regularizar aquél (p.ej., actos de acusación y defensa), y c) actos respecto de los cuales la misma declaración de nulidad, al eliminarlos del proceso, no hace otra cosa que “reestablecer su regularidad”, por lo que no será necesario renovarlos o rectificarlos (p.ej., sobreseimiento dictado durante el juicio por una causal no prevista)⁹⁴.

§ 58. **REGRESIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

Compatibilizando la consideración del efecto extensivo de la nulidad de un acto a la de los consecutivos que de él dependen, con la de la obligación de renovar los actos nulos si ello fuere posible y necesario, surge también como consecuencia de dicha declaración, la posibilidad de “la regresión del procedimiento al estado y grado en el cual se ha cumplido el acto anulado” (art. 183-3, Cód. Proc. de Italia, 1988), lo que, claro está, depende a su vez de las posibilidades de renovación, pues si no la regresión del procedimiento es inconcebible.

⁹⁴ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 302.

La legislación italiana que acabamos de citar excluye taxativamente de la regresión para renovar o rectificar el acto y reconstruir la secuencia procesal, los supuestos en los que la declaración de nulidad recae sobre actos “concernientes a la prueba” (art. 185-4, Cód. Proc. de Italia, 1988).

Así como no pueden caber dudas sobre la vigencia del principio expuesto en primer término, que se deduce sin esfuerzo del sistema de nuestras regulaciones sobre renovación y rectificación de los actos anulados, la excepción que hemos mencionado puede resultarnos conflictiva si por ella entendemos la absoluta prohibición de renovación de los actos de prueba declarados nulos, ya que dicha renovación en algunos casos no sólo se presentará como posible, sino también como necesaria para regularizar el proceso, sin perjuicio, por supuesto, de la particular meritación que merezca el acto de prueba renovado. Otra cosa es sostener que la nulidad de un acto de prueba determine el retroceso del procedimiento a una etapa precluida (p.ej., que la nulidad de una prueba adquirida en la instrucción, declarada en el debate o en el examen para sentenciar en el juicio escrito, obligue a regresar el procedimiento a la instrucción para que se renueve el acto), lo que, como es obvio, es procesalmente imposible.

No obstante lo dicho, preciso es reconocer que cierta doctrina nacional es reacia a admitir la regresión del procedimiento a etapas precluidas, como consecuencia de la declaración de

nulidad. Sostuvo BIDART CAMPOS que “no se pueden declarar nulidades que, contrariando las pautas de la jurisprudencia de la Corte Suprema, impliquen retrogradar el proceso penal a etapas cerradas por la preclusión, en detrimento del derecho del justiciable a una sentencia rápida y eficaz que resuelva definitivamente su situación en relación a la acusación delictuosa”⁹⁵. Pero la solución no puede ser tan terminante: cuando se trate de la nulidad de un acto, que puede ser considerado de modo independiente y que no arrastra hacia la nulidad a toda una secuencia procesal (como ocurre con un determinado acto de prueba, según el ejemplo propuesto precedentemente), no hay dificultad en admitirla, mas, cuando se trata de una declaración de nulidad que absorbe a toda una secuencia procesal, ya no es tan sencillo sostenerla.

Por lo general, en estos casos está comprometido una nulidad declarable de oficio en cualquier estado y grado de la causa; si admitiésemos que la preclusión de las etapas del proceso impiden siempre el regreso, estaríamos reconociendo para aquellas nulidades un supuesto de subsanación distinto al de la cosa juzgada que, como vimos, es el único reconocido por la ley para ese tipo de nulidades. En esos casos, el procedimiento tiene que regresar a la etapa en que se consumó la nulidad.

⁹⁵ BIDART CAMPOS, ponencia en el X Congreso Nacional de Derecho Procesal, Salta, 1979.

§ 59. **EFFECTOS “COLATERALES” DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD: COSTAS, SEPARACIÓN DEL JUEZ**

En principio, las costas atribuibles al procedimiento de declaración de nulidad y al acto nulo, su renovación o rectificación, serán a cargo del *culpable*, es decir, de quien puso la causa de aquélla, introduciendo o permitiendo que se introdujera el defecto de tipicidad en el acto, tanto si se trata de una parte –incluido el ministerio fiscal– cuanto de los funcionarios actuantes en el proceso o del mismo magistrado que lo conduce y controla, sin perjuicio, por supuesto, de la distribución, según las magnitudes de las respectivas responsabilidades, cuando ha existido una pluralidad de contribuyentes a la consumación del vicio nulificador.

Algunas legislaciones traen una regulación específica del tema; entre nosotros aquellos principios se deducen por aplicación de los que, en general, rigen la aplicación de costas. Aunque comúnmente nuestros códigos procesales penales guardan silencio sobre la aplicación de las costas a magistrados y funcionarios, ella puede disponerse mediante la aplicación de las normas procesales civiles, que operan como derecho subsidiario, cuando la nulidad ha sido provocada por una conducta culpable de los mismos, con lo que –indica la doctrina– no se hace referencia a cualquier especie de inadvertencia, sino cuando se está en presencia de “dolo o culpa grave” (art. 189, Cód. Proc. de Italia, 1930; art. 185, Cód. Proc. de Italia, 1988),

aunque lógicamente esta última calificación requiere una especial adecuación a nuestros criterios jurídicos sobre la culpa.

En cuanto al otro efecto, los códigos otorgan a los tribunales de alzada que declaran nulidades en virtud de los vicios de los actos producidos en baja instancia, la facultad (*podrá*) de disponer el apartamiento del juez o tribunal el cual ha cumplido o ante el cual se ha cumplido el acto nulo (art. 177, Cód. Proc. de Córdoba; art. 121, Cód. Proc. de Santiago del Estero; art. 176, Cód. Proc. de Entre Ríos; art. 166, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 173, Cód. Proc. de la Nación, ley 23.984, etc.), naturalmente sin perjuicio de las sanciones que pudieren corresponder, porque pese a los rubros de la disposición en algunos códigos (*sanciones*), este apartamiento no posee, en sí mismo, sentido sancionatorio; tiende a evitar situaciones en las que el juez o tribunal al que se aparta, al haber tomado decisiones fundamentales en el proceso, al nulificarse actos o parte del proceso mismo, de ser ellos los encargados de volver a decidir, podrían encontrarse en situación de haber *prejuizado*, o de tener que dirigir la renovación de los actos podría ponerse en duda su imparcialidad. En verdad si es esto último lo que tiene que solucionar la separación del juez, ella podría quedar al arbitrio del tribunal de alzada según la letra de la ley; pero si se trata de lo primero la solución no es idéntica, porque en resumidas cuentas terminaría tratándose de una causa de separación que el mismo juez o tribunal tendría

que invocar para apartarse, aunque así no lo hubiese dispuesto el superior. Pero cuando ninguna de esas hipótesis se presenta (p.ej., cuando el titular del juzgado que incurrió o permitió el defecto del acto, ha sido reemplazado) no hay razón alguna para aplicar la disposición.

Ella, por otra parte, cede ante disposiciones específicas que, en otros casos, obligan al reemplazo del juez o tribunal, tal como ocurre con los de reenvío en las hipótesis de recursos de casación o extraordinarios.

CAPÍTULO III

INADMISIBILIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES PENALES

A) CONCEPTO Y AUTONOMÍA DISCIPLINAR

§ 60. *REGULACIÓN*

Los códigos, por lo general, contienen normas particulares disponiendo la inadmisibilidad de determinados actos defectuosos, pero no reglas aplicables a una generalidad de hipótesis, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad, con excepción del Código Procesal Penal de Santa Fe y la proposición de algunos proyectos (los debidos a CLARÍA OLMEDO, que recordemos).

§ 61. *INADMISIBILIDAD Y NULIDAD*

Los criterios expuestos por la doctrina carecen de uniformidad; algunos se inclinan por considerar que la disciplina de la inadmisibilidad se encuentra confundida con las de otros

supuestos de invalidez, otros optan por tratarla de manera autónoma¹.

Es caracterizable como inadmisibile en el proceso el acto que no cumple con los requisitos del tipo procesal en cuanto al sujeto que lo intenta introducir o sus circunstancias de forma y oportunidad. La inadmisibilidad se presenta así como *sanción previa al acto*, mejor dicho, *previa a la introducción del acto en el proceso* (antes de que se convierta propiamente en acto *procesal*); se trata, pues, de una declaración de invalidez para el futuro, puesto que cuando se produce, el acto no ha suscitado efecto procesal alguno, a diferencia de lo que ocurre con el acto defectuoso ya introducido en el proceso, que genera efectos precarios que recién desaparecen con la declaración de nulidad o se afirman si media subsanación. La inadmisibilidad —se dice— anticipa y previene la nulidad². En ese orden de ideas, el núcleo existencial de la inadmisibilidad radica en la negativa del juez a pronunciarse sobre lo que se demanda.

De una apresurada consideración de tal afirmación podría deducirse que la distinción entre inadmisibilidad y nulidad se asienta sobre el momento en que puedan declararse la una y la otra. Pero no es ese el único signo diferenciativo; la inadmisibilidad sólo puede mentarse respecto de los actos dirigidos al juez

¹ Sobre el debate ver GHIARA, *Inammissibilità*, p. 479 y 480.

² ITURRALDE - BÜSSER - CHIAPPINI, *Código Procesal Penal de Santa Fe*, t. I, p. 301.

que intentan producir las partes con naturaleza de instamiento, lo que no ocurre en la nulidad que también abarca los actos propios del juez.

“No se concibe –dice CLARÍA OLMEDO– la inadmisibilidad de un acto procesal propio del tribunal o en el que éste tuvo intervención directa”³ (comprendiendo la orden para ser practicado), porque al haber actuado el juez, el acto ya ha ingresado en el proceso. No obstante, el mismo autor señala⁴ un caso que, aunque la ley lo resuelve como un supuesto de nulidad, podría tratarse de uno de inadmisibilidad, pese a que refiere a un acto que procede de la actividad de un juez instructor: es cuando éste eleva o remite atípicamente la causa al tribunal de juicio, en cuya hipótesis éste podría rechazarla no admitiendo su elevación o remisión. Puede pensarse que la solución de la ley es lógica, puesto que no se trata de la inadmisibilidad de la elevación, sino de la nulidad del acto de elevación: la causa no es admitida por el tribunal de juicio porque la elevación es nula.

Sin embargo, no se puede pasar por alto que el acto –cuando el tipo procesal lo prefigura como presupuesto de otros actos procesalmente sucesivos– que no fue declarado inadmisibile cuando debió serlo (es decir, antes de ingresar en el proceso) se constituye él mismo en el defecto con trascendencia nulificatoria a esos

³ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal*, t. II, p. 119.

⁴ CLARÍA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 282 y siguientes.

otros actos, como también que el mismo acto inadmisiblemente erróneamente admitido traslada su vicio provocando la nulidad de la misma decisión jurisdiccional que lo admitió. Estos efectos podrían permitir razonar en pro de la inutilidad de construir una disciplina autónoma de la inadmisibilidad, pero como es común caracterizar a ésta como declarable de oficio en cualquier estado y grado de la causa (mientras no se haya admitido el acto), si pretendemos atarla a la disciplina de la nulidad, conviene subrayar que siempre se tratará de un particular supuesto de nulidad declarable de oficio y absoluta.

Aunque la aclaración viene sobrando, no debemos confundir la inadmisibilidad (cuestión de tipo procesal), con la desestimación (que depende del mérito de la instancia).

§ 62. *LOS MOTIVOS O CAUSAS DE INADMISIBILIDAD*

Como ya lo adelantáramos al comenzar el trabajo, los motivos o causas de inadmisibilidad son básicamente los mismos que los de la nulidad y se refieren tanto a los aspectos estructuralmente formales del tipo procesal (incluida la oportunidad), cuanto a los estructuralmente subjetivos (es decir, a los sujetos facultados para producir el acto).

En códigos que regulan de modo general y autónomo a la inadmisibilidad —como el de Santa Fe en su art. 163— tal comprensión se encuentra taxativamente indicada: la declaración de inadmisibilidad se puede pronunciar tanto

cuando la “sanción estuviese prescripta por la ley” (art. 163, inc. 1º, Cód. Proc. de Santa Fe), lo que normalmente ocurre cuando las formas inobservadas son requeridas como necesarias (p.ej., manifestación de no haber usado la declinatoria cuando se plantea la inhibitoria, inadmisibilidad del ofrecimiento de prueba en las excepciones fuera de la oportunidad en que se plantean las mismas, etc.), cuanto por ausencia de la facultad de actuar de quien procura introducir el acto, sea porque originariamente ella no haya sido otorgada al sujeto que pretende hacerlo, sea porque para éste se agotó la posibilidad de actuar al producirse la caducidad del plazo en que debió hacerlo, o por haber precluido esa posibilidad al resultar el instamiento incompatible con actos posteriores ya realizados por él (p.ej., impetrar que se declare nula la elevación a juicio por parte de quien ya ha realizado los actos de defensa en el plenario del proceso escrito –art. 163, inc. 2º, Cód. Proc. de Santa Fe–).

B) LA INADMISIBILIDAD COMO CAUSA DE INVALIDEZ

§ 63. *CONSAGRACIÓN LEGISLATIVA DE LA INADMISIBILIDAD*

Los códigos que no regulan de manera general y autónoma el tema de la inadmisibilidad, lo hacen de distintos modos específicos, ya sea disponiéndola como sanción empleando la expresión “bajo pena [o sanción] de inadmisibili-

dad”, ya como amenaza ante el incumplimiento del tipo procesal, o bien requiriendo del juez o tribunal un previo examen de admisibilidad, indicando el procedimiento a seguir –que implica la inadmisibilidad– cuando el mismo resulta negativo; pero tanto en unas hipótesis como en las otras nos encontramos con una regulación taxativa de la inadmisibilidad.

En cuanto a los motivos o causas, si bien las referencias más abundantes del legislador atienden a los defectos formales de la estructura típica del acto, no quedan excluidas las relacionadas con la ausencia de facultad de quien insta.

§ 64. ***EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INADMISIBILIDAD***

Vimos que el principal efecto de la declaración de inadmisibilidad de un acto es su invalidez como instamiento de la típica actividad decisoria del órgano jurisdiccional, sin que ello signifique –necesariamente– la no incorporación material del documento de instancia al expediente⁵.

Pero la cuestión que de inmediato se nos presenta es la de saber qué ocurre cuando la inadmisibilidad no ha sido declarada en la oportunidad procesalmente determinada para hacerlo, es decir, antes de resolver sobre el insta-

⁵ ITURRALDE - BÜSSER - CHIAPPINI, *Código Procesal Penal de Santa Fe*, t. I, p. 301.

miento defectuoso (aunque el pronunciamiento del juez fuese desestimatorio, porque las consecuencias son diferentes, como cuando el acto inválido no interrumpe el curso de la prescripción, pero sí puede interrumpirlo el instamiento desestimado); por ejemplo: ¿qué pasa con una querrela a la que se le ha dado andamio pese a no haberse cumplido en su proposición con los requisitos formales exigidos por la ley?, ¿qué solución dar a un recurso interpuesto sin las formas que lo hacen admisible pero que erróneamente el tribunal lo ha declarado admisible?

En un Código Procesal como el santafesino (arts. 163 y 164) que regula la disciplina general de la inadmisibilidad como *sanción declarable de oficio e insanable en el proceso* (la única sanatoria de ella es, como veremos, la cosa juzgada) no pueden suscitarse dudas: hasta que la respectiva declaración no se produce, el vicio que condiciona la inadmisibilidad no opera *ope legis* en cuanto a la invalidez del acto y de los subsiguientes que de él dependen, mas tal declaración puede pronunciarse en cualquier estado y grado del proceso en caso de que haya mediado una admisión errónea, expresa o implícita (en virtud de los actos subsiguientes dispuestos por el juez o tribunal), lo que nos conduce directamente al terreno de la nulidad. Esto es lo que resuelve el párr. 2º del art. 163 del Cód. Proc. de Santa Fe: "Si un acto de parte fuere erróneamente admitido, sus efectos serán declarados nulos".

En las leyes que no contienen una tal regulación general, la cuestión podría resultar de resolución más compleja, pero las soluciones no serían distintas: la posibilidad de declarar la inadmisibilidad de un acto de parte admitido erróneamente —expresa o implícitamente— no caduca por imperio de la preclusión de cada etapa del proceso, sino exclusivamente por el de la cosa juzgada; es decir, aun puede ser pronunciada en la misma sentencia (declarando la nulidad de sus efectos) aunque el instamiento se haya producido en la instrucción, en la etapa intermedia o en el debate o plenario (la situación, aunque hartamente hipotética es dogmáticamente posible), sin perjuicio, claro está, de los criterios que pueden imponer las normas específicas reguladoras de un acto procesal particular.

§ 65. *SUBSANACIÓN*

El deber del juez de declarar la inadmisibilidad, visto desde su faz de facultad, sólo caduca, como se dijo, cuando ha ocurrido la cosa juzgada, lo que descarta que esa declaración pueda producirse en el procedimiento de ejecución de la sentencia.

La inadmisibilidad, ni teórica ni prácticamente es subsanable *en el proceso*. Los casos que aparentan ser supuestos de subsanación por convalidación de los efectos del acto no son otra cosa que hipótesis de *reproposición*, aunque en algunos de ellos, estando la pieza docu-

mental incorporada materialmente al expediente que da cuenta de los procedimientos, la rectificación del defecto pasa a formar una unidad jurídica con lo actuado anteriormente; pero, entonces, la admisibilidad recién se produce a partir de ese momento.

El párr. 2º del art. 163 del Cód. Proc. de Santa Fe también prevé como obstáculo para declarar la inadmisibilidad, la circunstancia de que el acto “haya alcanzado su finalidad respecto de todos los interesados”, apareciendo, de tal modo, como presupuesto de sancionabilidad el incumplimiento de la finalidad del acto. Mas cabe preguntarse ¿en qué circunstancias un acto inadmisibile puede alcanzar su finalidad en el proceso sin haber sido antes erróneamente admitido?; es decir, no se trata de obstaculizar la inadmisibilidad en sentido propio, sino la nulidad de la admisión errónea. Sin duda, la norma, tomada como principio en el terreno de la inadmisibilidad, será mucho menos absoluta que en el de la nulidad y, en mayor medida que en ésta, originará un elevado porcentaje de conflictos interpretativos de no fácil solución.

§ 66. **REPROPOSICIÓN DEL ACTO DECLARADO INADMISIBLE**

Siendo la declaración de inadmisibilidad una circunstancia del proceso que impide la producción de los efectos procesales típicos del acto de instamiento, la reproposición de éste luego de aquélla depende del mantenimiento

de la oportunidad de instar. En otras palabras: sólo es posible mientras no haya caducado el poder jurídico de la parte para actuar, lo que puede pasar ya sea por la preclusión dentro del proceso (extinción del tiempo procesal en que el acto tiene que ser producido), o por haberse extinguido el poder de acción procesal penal que en él tendría que desenvolverse (por su prescripción), límite subjetivo éste que, como dijimos, conforma una de las características generales de los defectos que determinan la inadmisibilidad (la que tendrá que ser declarada toda vez que “se intentase actuar sin tener facultad o ésta se hubiere extinguido o agotado por caducidad o preclusión”; art. 163, inc. 2º, Cód. Proc. de Santa Fe).

Ejemplifiquemos: si lo declarado inadmisibile ha sido el instamiento de ser tenido como parte civil en el proceso penal y éste no ha superado la etapa en que aquél se puede formular válidamente, la reproposición de la instancia es aceptable; si lo inadmitido ha sido una querella por injurias y ésta se propone nuevamente antes de que se opere la prescripción de la acción procesal penal correspondiente, ocurrirá lo mismo. Es obvio, pues, que la reproposición del acto declarado inadmisibile, sólo puede ocurrir mientras se mantenga intacta la facultad de actuar del sujeto.

CAPÍTULO IV

INEXISTENCIA DE LOS ACTOS PROCESALES

A) CONCEPTO GENERAL Y CONSECUENCIAS

§ 67. *DESCRIPCIÓN DEL ACTO INEXISTENTE*

Hemos visto que los actos que contienen un defecto con trascendencia nulificatoria producen precariamente sus efectos pese a tal circunstancia, los que recién se extinguen retroactivamente al declararse su nulidad, la cual, a su vez, aborta los que podrían producir en el futuro; pero que esa precariedad desaparece si dicha declaración no se produce en determinadas etapas del proceso o mientras el mismo se encuentre en curso, según la especie de nulidad de que se trate. Esto último también es aplicable a la inadmisibilidad. El *acto inexistente*, por el contrario, es el que pese a tener entidad material, carece en absoluto de entidad procesal. En una más precisa terminología, se trata de un *acto procesalmente inexistente*, que no produce efecto alguno en el proceso, ni siquiera de ca-

rácter precario. Consecuencia de ello es que la declaración de su inexistencia no está limitada al curso del procedimiento, no se encuentra vedada por la cosa juzgada, sino que se extiende en el tiempo sin límite alguno.

§ 68. *NATURALEZA POLÍTICA DE LA INEXISTENCIA*

La inexistencia no aparece en las previsiones de la ley procesal, puesto que es algo que no existe (jurídicamente) en el proceso, tautología que puede explicarse advirtiendo que ese algo no responde a hipótesis procesales y su consideración no se apoya sobre defectos del tipo procesal, sino sobre circunstancias que se adscriben a las facultades de operatividad genérica de la jurisdicción —que son más bien de legalidad del tipo político—, que pueden atender tanto a la producción de la decisión jurisdiccional cuanto a la capacidad para demandarla en algunos supuestos extraordinarios¹.

¹ La incompatibilidad entre nulidad e inexistencia fue puesta de manifiesto entre nosotros por IMAZ (*Teoría del acto inexistente*, LL, 89-893), aunque apoyándola en criterios axiológicos. “La inexistencia —decía— no apunta a la validez del acto... a su coherencia con los elementos y requisitos que la ley le impone, sino a su *vigencia*, o sea, a la posibilidad de su efectivo acatamiento. Si esto último resulta impracticable significa que media, con respecto al acto, una repulsa axiológica que lo priva de vigencia y lo descalifica como acto jurídicamente existente”, idea ésta de la que ha participado alguna doctrina procesal civil (PALACIO, *Manual*, t. I, p. 388). Pero no nos parece dudoso que el efectivo *acatamiento* —mentado por IMAZ— depende de la adecuación —del ejercicio de la facultad de consumir el acto— al tipo político.

La necesidad de pensar en una disciplina propia de la inexistencia puede no ser la misma en otras ramas del derecho, en las que ciertas especies de nulidad trasponen cualquier límite dependiente de la actividad jurisdiccional, pero se justifica en el derecho procesal —y con mayor razón aún en el procesal penal— en el que la cosa juzgada subsana cualquier nulidad, por más grave que fuese el vicio que la motiva. Y si bien es cierto que en aquellos regímenes que han eludido la consagración de nulidades absolutas (como el italiano de 1930), la invocación de la inexistencia, procurando llenar lagunas, se extendió desmesuradamente abarcando situaciones estrictamente relacionadas con el tipo procesal, ella no queda desplazada en los que consagran dichas nulidades, puesto que siguen presentándose en ellos “vicios más graves que los previstos bajo sanción de nulidad absoluta”, que merecen insertarse “en el ámbito de

Para IMAZ, la distinción pasa por la circunstancia de que “lo que se pregunta cuando se cuestiona la existencia de un acto jurídico no es la naturaleza del vicio de que adolece, lo que es problema de nulidad”, sino “si el acto tiene características tales que repugne a las valoraciones jurídicas ambientales, al extremo de hacer impracticable su acatamiento voluntario por las partes o la imposición de ese acatamiento por el juez”. Para él ésta sería una respuesta *egológica* al problema de la distinción entre nulidad e inexistencia, a la vez que procura demostrar que ha sido la teoría pura (KELSEN) la que ha conducido la disciplina de la inexistencia a quedar insertada en la de la nulidad.

Sin perjuicio de estos pruritos polémicos (que hoy ya no llaman la atención), el trabajo resulta interesantísimo, especialmente por la abundante mención de antecedentes.

una figura de invalidez totalmente insanable”, oponible aun después de haber concluido el procedimiento². El acto inexistente es inválido de modo tal que su invalidez ni siquiera necesita ser declarada jurisdiccionalmente (COUTURE).

§ 69. **CARACTERÍSTICAS DE LOS DEFECTOS
QUE DAN LUGAR A LA INEXISTENCIA DEL ACTO**

Como lo hemos subrayado repetidamente, tanto en el acto nulo como en el inadmisibles, el defecto se circunscribe al apartamiento de aquél del tipo procesal, lo que no pasa en el acto inexistente. Para que un acto ingrese en esta categoría es preciso enfrentarse con la imposibilidad jurídica de él por ausencia de alguno de sus elementos connaturales, cuya falta coloca al materialmente realizado más allá de toda juridicidad –no sólo en la *juridicidad imperfecta*– y que, en cuanto tal, no puede ser superado o reemplazado por los remedios sanatorios que vimos en la nulidad y en la inadmisibilidad.

El vicio determinante de la inexistencia radica en la ausencia de elementos insustituibles que pueden, en ciertas hipótesis, estar relacio-

² MANCINELLI, *Inesistenza degli atti processuali penali*, en “Novissimo Digesto Italiano”, vol. VIII, p. 638 y 639, con amplio desarrollo de la razón de ser de las dimensiones alcanzadas por la teoría de la inexistencia en el derecho procesal italiano.

nados con los presupuestos procesales o con el impulso del proceso, pero que siempre jaquean la existencia misma de éste y vienen referenciados al poder de jurisdicción del Estado: no es proceso el realizado por quien no es juez, ni el promovido por quien *no tiene* acción, ni aquel en el que se viola un obstáculo a la persecución penal consagrado como garantía funcional por la Constitución. En todas estas hipótesis no está realmente en juego el tipo procesal, sino el tipo político condicionante del ejercicio del *ius puniendi*³, y no empece a ello la circuns-

³ El desgajamiento de la inexistencia del *proceso como entidad jurídica*, ha sido relevado por la doctrina hace mucho tiempo. FIGA, decía, tratando de eludir la especie de contradicción que se da al hablar de inexistencia de lo que no es un acto (un no acto), que más que de inexistencia o de nulidad ha de hablarse de una actividad “existente, pero completamente extraña al acto de procedimiento” (*Nullità degli atti di procedura*, en “Nuovo Digesto Italiano”, t. VIII, p. 1166; opinión expuesta aquí por CARLOS, *Nulidad procesal*, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XX, p. 541).

LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, p. 686 y 687, relaciona íntimamente la noción de inexistencia con la de presupuestos procesales en una reducción muy conflictiva, porque hay hipótesis de nulidades también relacionadas con esos presupuestos; pero su mayor dificultad radica en el esfuerzo que lleva a cabo para ubicar la categoría en el *procedimiento*: “Inexistencia –dice– es la no idoneidad de todo el desarrollo de los actos (y no de un determinado acto) para encuadrarse en el esquema de una relación procesal. Atañe no a un acto procesal, sino a toda la relación procesal o a una fase de ella, y aun cuando aparece como el vicio de un determinado acto (promoción de la acción penal, sentencia, impugnación), en sustancia toca a toda la relación procesal o a una fase de ella. De este modo, la inexistencia debe identificarse solamente con la falta de presupuestos procesales”. Es

tancia de que alguna de estas hipótesis esté enunciada entre las *excepciones* (p.ej., la de falta de acción) como vía para reclamar su presencia en el mismo proceso.

No comprendemos en la categoría al proceso en el que el titular de la acción pública actúa sin observar los requisitos para hacerlo (como es el de la falta de instancia del ofendido en los delitos dependientes de instancia privada), pues allí no se pone en crisis el tipo político, sino el tipo procesal que consagra el requisito, pero sí quedan comprendidas las hipótesis en las que aquél actúa al margen de su poder de acción (delitos de instancia privada, ejercicio de la acción civil fuera de los supuestos expresamente previstos por la ley, etcétera).

§ 70. *EL DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA INEXISTENCIA*

Si bien el concepto de inexistencia y su autonomía funcional son temas relativamente pacíficos en la doctrina procesal (CARNELUTTI, CHIOVENDA, ALSINA, COUTURE, etc.), la falta de su mención en nuestras leyes procesales⁴ motiva a algunos para poner en tela de juicio si no su concepto, sí la autonomía, afirmando que en la

por eso que el ejemplo que damos a continuación en el texto y que excluimos como supuesto de inexistencia, para LEONE puede caber en ella.

⁴ BERNALDO DE QUIRÓS - RODRÍGUEZ, *Nulidades en el proceso penal*, p. 24.

práctica es la nulidad el medio idóneo para “eliminar los actos caracterizados por la doctrina como inexistentes”.

Se sostiene, en ese sentido, que al tratarse de actos “incorporados al proceso, cualquiera que sea la intensidad de la irregularidad, sólo sancionándolos pueden ser eliminados si se tiene en cuenta que se les ha permitido producir efectos no obstante consistir en un no acto”⁵; pero en tal opinión se parte del concepto de nulidad sin atender al de inexistencia. La nulidad, mientras no es declarada, permite que el acto siga produciendo sus efectos; el acto inexistente, *no siendo acto* (jurídicamente, se entiende), careciendo de la menor trascendencia jurídica, permanecerá en su materialidad pero sin producir efecto alguno, aunque no se lo declare expresamente.

El acto inexistente *no está en el proceso* ni forma proceso; se inserta como materialidad antijurídica, con eventual trascendencia de hecho ilícito en muchos casos, pero no es un acto procesal defectuoso *en el proceso*. Por consiguiente, no se trata de extirparlo del proceso en el que no existe jurídicamente. Si así no fuese, el

⁵ CLARÍA OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, t. IV, p. 187; asimismo *Derecho procesal*, t. II, p. 123, y *Derecho procesal penal*, t. II, p. 285. Dice SALAS VIVALDI que “mientras no se abra campo en la jurisprudencia a la teoría de la inexistencia, creemos que, confundida con la nulidad, debe ser declarada por decisión judicial” (*Los incidentes*, p. 215); pero ese no es el problema, sino específicamente el de la trascendencia del instituto más allá de la cosa juzgada.

proceso inexistente por estar formado por puros actos inexistentes, podría llegar a producir una cosa juzgada que, al impedir el vehículo de la nulidad para extirparlos, la consagraría como una consecuencia jurídica engendrada por la antijuridicidad; ninguna lógica puede permitir un sistema que produzca un híbrido de tal naturaleza⁶.

§ 71. **EXISTENCIA MATERIAL DEL HECHO
COMO REQUISITO DE LA INEXISTENCIA JURÍDICA
DEL ACTO**

De lo dicho se desprende que nada tiene que ver esta disciplina de la inexistencia –tal como la hemos tratado– con la omisión total de un acto de procedimiento, cuya omisión constituye, precisamente, el vicio de que adolece otro acto que según el tipo procesal presupone aquél (p.ej., la ausencia de indagatoria vicia el auto de procesamiento). La inexistencia, en cuanto motivo de invalidez como acto de un determinado hecho, necesita del sustento material de la existencia de ese hecho; la inexistencia como

⁶ Es cierto que parece una contradicción proclamar la inexistencia de un acto que no existe (REDENTI, *Derecho procesal civil*, t. I, p. 214), que se trata de un *simple hecho*, desconceptuado como acto y que, por consiguiente, no necesita de un pronunciamiento que así lo declare; pero lo que deseamos significar es, precisamente, que *ese hecho como realidad* en algún momento puede requerir la intervención de la jurisdicción, y su decisión no podrá ser otra que poner de manifiesto su ineficacia como acto, lo cual, obviamente, nada tiene que ver con las nulidades.

acto jurídico procesal no se compadece con la inexistencia material de un hecho que pretende serlo, puesto que no se puede motejar de antijurídico (o de no jurídico, si se prefiere), algo que *no es* en la realidad. Pretender compatibilizar la inexistencia jurídica con un concepto natural de inexistencia es una aberración y, sin embargo, es de esa pretensión de donde han emanado muchas de las confusiones sobre el tema⁷.

B) INEXISTENCIA Y NULIDAD ABSOLUTA

§ 72. HIPÓTESIS QUE PUEDEN PLANTEAR DUDAS

No hay lógica que soporte la ejecución de una *sentencia* pronunciada por quien no es juez, ni que permita considerar proceso al que desenvuelve una acción pública intentada por quien no es fiscal. Pero se plantean dudas ante algunas expresiones típicas de nulidades absolutas que, en una consideración apresurada, parecerían superponerse con hipótesis de inexistencia.

Es lo que ocurre con las concernientes a la inobservancia de las disposiciones sobre el nombramiento y capacidad del juez: se estaría ante actos nulos cuando proceden de un magistrado del Poder Judicial, pese a la irregularidad

⁷ La incompatibilidad lógica desde la óptica puramente fenoménica, aparece expuesta por ALVARADO VELLOSO, *Presupuesto de la nulidad procesal*, LL, 1986-C-887.

de su nombramiento o de su carencia de atributos para el ejercicio funcional, pero sólo cabría hablar de inexistencia cuando quien haga las veces de tal sea un usurpador.

Lo mismo pasaría con el fiscal: podrá ser nulo el proceso en el que el fiscal haya tenido una intervención defectuosa (p.ej., sin que hubiese mediado el acto de instancia del ofendido en un delito dependiente de instancia privada), pero será inexistente el proceso desenvuelto a instancia de quien no es fiscal, o el desenvuelto a instancia de quien lo es, pero que, en el caso, no es el titular de la acción⁸. Ya nos hemos referido a estas situaciones.

§ 73. **REGLA PRÁCTICA DE DISTINCIÓN**

Por supuesto que no será errado, en la práctica, determinar las hipótesis de inexistencia arrancando de la predeterminación de las de nulidad absoluta: los vicios graves que no quepan en éstas pasarán a ser contenidos de actos inexistentes. Por lo menos esta regla puede ser útil para indicar la dirección del examen: únicamente condicionan la inexistencia de un acto los vicios graves que se extiendan –o se puedan extender– a toda la relación de apariencia procesal y que no sea posible incluir en los tipos procesales de nulidades absolutas.

⁸ Ver una ejemplificación muy abundante, no siempre coincidente con las ideas expuestas en nuestro texto (que reconocemos, están más cercanas a las de CHIOVENDA en muchos aspectos), en LEONE, *Tratado*, t. I, p. 730 y siguientes.

Pero no podemos menos que advertir que la jurisprudencia ha pagado tributo a la endémica confusión entre nulidades absolutas y actos inexistentes. Por ejemplo, nadie podrá dudar de que la sentencia sin la firma del juez no es una sentencia, no es un acto procesal, sino un mero hecho que se corresponde a un acto procesalmente inexistente, pero sí es dudoso asignar ese carácter al fallo dictado por dos de los jueces de un tribunal integrado por tres magistrados fuera de los casos en que la ley lo autoriza⁹, puesto que ello hace a la constitución del tribunal y, por tanto, se trata de un defecto que origina una nulidad de orden general según el tipo procesal¹⁰.

§ 74. **EL DESCONOCIMIENTO DE LOS OBSTÁCULOS
PARA PROCEDER, DE ORIGEN CONSTITUCIONAL**

La inobservancia de esos obstáculos, pese a estar tipificados procesalmente, la hemos considerado como hipótesis de inexistencia, ya que se trata de una garantía política –irrenunciable– de la función, que paraliza el ejercicio del *ius puniendi* para preservar la independencia de ella, con lo que, más allá del tipo procesal, lo que está en juego es el tipo político que aquél no hace otra cosa que reconocer.

⁹ Ver fallo de la Corte Suprema del 16/11/53 (JA, 1954-II-257), aunque en la legislación invocada no existe la previsión a que luego nos referimos.

¹⁰ Sobre los modos de declaración de la inexistencia, ver LEONE, *Tratado*, t. I, p. 739 y siguientes.

CAPÍTULO V

NULIDADES EXPRESAMENTE PREVISTAS POR LA LEY CON RESPECTO A DETERMINADOS ACTOS PROCESALES

§ 75. *UNA “PARTE ESPECIAL” CON RELACIÓN A LAS NULIDADES*

El principio que rige nuestro sistema de nulidades –como ya lo vimos– es el de *especificidad-taxatividad*; fuera de los supuestos de las nulidades de carácter general, la particular *sanción procesal* sólo corresponde a los actos que no hubiesen observado la tipología legal impuesta *bajo sanción de nulidad*. Es objeto de este capítulo la enunciación de tales nulidades específicas, insertadas en una clasificación que, en lo posible, permita tratar los distintos reglamentos procesales de modo más o menos uniforme, relevando los problemas comunes.

Las citas legales se concretan a los códigos de Córdoba (aún en vigencia por suspensión de la aplicación de la ley derogatoria), del nuevo de dicha provincia (ley 8123), del de la Nación (ley 23.984) y del de Santa Fe, con algunas refe-

rencias al de Buenos Aires y al de San Juan (ley 6140). Esta selección obedece a que el primero ha inspirado a una gran parte de la legislación procesal penal argentina (existiendo obras de concordancias que facilitan las remisiones), el segundo es rotundamente innovador y pese a no haber entrado en vigencia en su territorio de origen lo hizo (con escasas modificaciones) en la provincia de Tucumán (ley 6230), el tercero porque vino a insertarse en un foro que hasta hace muy poco manejó un proceso rígidamente escrito, el cuarto porque, junto con el de Buenos Aires, mantiene un juicio escrito a la par de otro oral, y el quinto porque es uno de los más *nuevos* en nuestro panorama legislativo provincial.

**A) NULIDADES RELACIONADAS
CON VICIOS EN LA CONSTITUCIÓN Y ACTIVIDAD
DE PARTES EN EL PROCESO**

§ 76. **MATERIAS**

Las sanciones específicas de nulidad, dentro de este grupo, las encontramos con relación a la citación de partes civiles y a la realización de determinadas actividades del ministerio fiscal, en cuanto necesarias para el desarrollo de la acción penal en el proceso.

§ 77. **CITACIÓN DE PARTES CIVILES**

La citación del demandado civil (o tercero civil demandado) en el proceso penal será nula

cuando *adolezca de omisiones o errores esenciales*, que acarreen la consecuencia de perjudicar su defensa, *restringiéndole la audiencia o la prueba*. Es decir, los defectos del acto, para ser considerados *esenciales*, tienen que haber impedido que el sujeto fuese oído cuando lo tuvo que ser o cuando el mismo propusiese, incitare la producción o controlase la prueba (art. 98, Cód. Proc. de Córdoba; art. 99, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y art. 111, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–). No acarreado los defectos de dichas consecuencias, el acto será válido¹. Trátase, en su caso, de nulidad no declarable de oficio, ella tendrá que ser invocada por el agraviado en la oportunidad legalmente establecida².

Cuidan los códigos de advertir que la nulidad relacionada con dicha citación no interfiera en el desenvolvimiento del proceso penal³ (códigos y artículos citados), ni impida el ejercicio de la respectiva acción contra el tercero demandado en sede civil (art. 18, Cód. Proc. de Santa Fe).

§ 78. *ACTIVIDAD DEL MINISTERIO FISCAL*

Sin perjuicio de la nulidad general prevista para la omisión de la actividad del ministerio

¹ EDWARDS, *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación*, p. 125.

² DONNA - MAIZA, *Código Procesal Penal*, p. 123; D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 295.

³ Efecto explicable por el carácter accesorio de la acción civil en el proceso penal (DONNA - MAIZA, *Código Procesal Pe-*

fiscal, algunas leyes procesales tienen reglas que señalan, específicamente, nulidades relativas a aquélla. Tal es el caso del art. 154 del Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, al disponer que “los representantes del ministerio público formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones bajo pena de nulidad”, no pudiendo “nunca... remitirse a las decisiones del juez”. En primer lugar, la imposición de la norma obliga al fiscal a enunciar de modo concreto (particularizado) el objeto de sus requerimientos y a peticionar de igual manera; no podrá concluir y pedir de modo genérico (p.ej., que se condene por los delitos *imputados* en la causa; deberá individualizar los hechos que son objeto de su requerimiento de condena, con sus respectivas calificaciones jurídicas, desde luego). En segundo lugar, la prohibición de la ley no le permite al fiscal dejar librada la decisión al criterio del magistrado, sino que tiene que pronunciarse específicamente sobre su contenido en cuanto instancia ante aquél (p.ej., no cumple su función –acarreado la nulidad de su dictamen o instancia– el fiscal que se limita a dejar librada la decisión al *criterio* del juez) y hacerlo *motivadamente* (fundando su opinión o su instamiento en los hechos o el derecho, sin reducirse, p.ej., al simple “V.S. puede hacer lugar”). Naturalmente que una regla es-

nal, p. 123), no por la independencia de las acciones (como sostiene EDWARDS, *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación*, p. 125).

pecífica de esta índole se justifica en el sistema instaurado por el nuevo Código de Córdoba –ley 8123– (también el de Tucumán –ley 6230–), dada la particular modalidad de la actividad del ministerio fiscal en aquél. En los otros sistemas se podría considerar que tales omisiones quedarían cubiertas por la nulidad general a la que nos hemos referido (§ 10 y siguientes).

§ 79. ***LIMITACIONES DE LA ACTIVIDAD DEL MINISTERIO FISCAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN***

En virtud de las líneas regulatorias de la instrucción prevista por el Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984– que permite al juez delegar la instrucción al fiscal, su art. 213 restringe la actividad del ministerio respecto de ciertos actos, que únicamente pueden ser llevados a cabo por el magistrado *bajo pena de nulidad*; a saber: recepción de la declaración indagatoria, disposición de medidas restrictivas de la libertad del imputado –salvo casos de flagrancia o de suma urgencia– o cesación de dichas medidas (arts. 281, 282 y 284), realización de actos de prueba irreproducibles y definitivos y archivo de las actuaciones, suspensión de la persecución penal y sobreseimiento, actos que no estando enunciados entre las atribuciones instructorias del fiscal (según el art. 212) “el Código sólo faculta practicar a un juez” (como ocurre, p.ej., con el allanamiento, que tiene que ser ordenado por aquél, art. 284). En todos estos casos, el

fiscal tiene que requerir al juez que disponga o lleve a cabo el acto procesal, es decir, no puede actuar por sí. “La admonición de nulidad se efectúa conforme a lo prescripto por el art. 167, inc. 2º. La infracción a las previsiones del artículo genera, en consecuencia, la nulidad absoluta de los actos”⁴.

Como el juez de instrucción en cualquier momento puede hacer cesar la actividad instructoria que hubiese delegado en el fiscal, la ley expresamente declara que los actos practicados por éste durante el período de delegación “de acuerdo con las normas” del Código (especialmente el art. 212) “conservarán su validez”, e invocándolos el magistrado puede rechazar el requerimiento fiscal o disponer el archivo de las actuaciones (art. 195, párr. 2º), sin necesidad de renovarlos (art. 214)⁵.

§ 80. **ACTIVIDAD DEL MINISTERIO FISCAL EN LA ETAPA INTERMEDIA**

Requerimientos específicos de los instamentos del ministerio fiscal en esta etapa del proceso, pueden acarrear la nulidad de los actos de aquellos cuando dichos requisitos se omitan o presenten defectos, particularmente en lo que

⁴ D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 213.

⁵ No se trata pues, exclusivamente, que el párrafo final del art. 214 constituya la afirmación de la independencia del criterio del juez frente al del fiscal (ver D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 214).

refiere a la *elevación a juicio*. Dicho requerimiento (que en la mayor parte de los sistemas lo formula el fiscal al juez de instrucción) tiene que contener la identificación del imputado, o, cuando menos, los datos que sirvan para identificarlo (art. 358, Cód. Proc. de Córdoba), la relación “clara, precisa, específica y circunstanciada del hecho o hechos atribuidos” y su calificación legal (art. 358, Cód. Proc. de Córdoba; art. 373, Cód. Proc. de Santa Fe, y art. 347, párr. 2º, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–). Obvio es señalar que la identificación del imputado se refiere a su identidad según circunstancias personales (nombre, edad, etc.), no a su *individualización*, que ya tiene que estar perfectamente determinada en el proceso. La relación de los hechos *clara, precisa, específica y circunstanciada* tiene que ser suficiente para poder estimar la observancia del principio de congruencia a lo largo del proceso hasta la sentencia definitiva. La *exposición sucinta de los motivos*, que es otra de las exigencias, se refiere a los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión del fiscal en cuanto aquel requerimiento constituye (según lo indica parte de la doctrina) una *acusación provisional*. Los vicios acarrear nulidades declarables de oficio (arts. 167, inc. 31, y 168, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), “pues torna incierta o incompleta la defensa del imputado”⁶.

⁶ D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 346. No es fácil comprender lo resuelto por el Tribunal Oral N° 2 (24/11/92), citado por DONNA - MAIZA, *Código Procesal Penal*,

Claro está que en los sistemas en que el fiscal asume originariamente la instrucción, dicha fundamentación resulta un requisito aún más esencial (art. 355, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–).

§ 81. *LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO DE BUENOS AIRES*

Este Código no contiene normas específicas que sancionen con nulidad, omisiones o defectos en los requerimientos de acusación en el plenario, sin perjuicio que la sanción provenga por su carácter general. Pero no deja de llamar la atención que el acompañamiento de copias del escrito de acusación es particularmente considerado como *formalidad sustancial*, con lo que su omisión genera ineludiblemente la nulidad (art. 222, según ley 8067, Cód. Proc. de Buenos Aires).

p. 396, al sentenciar: “al encontrarse dentro de las facultades del tribunal del juicio, en resguardo del principio de oralidad y del requisito de exposición sucinta de los motivos en que se funda, se suprime de la lectura del requerimiento y del auto de elevación, las partes que hagan a la reproducción de probanzas que serán reproducidas en el debate, y no procede en consecuencia declarar la nulidad del acto”; fuera de eventuales defectos de redacción y de las dudas *de fondo* que nos plantea lo resuelto, nos parece que la cita no está del todo bien incluida en el comentario del art. 347, pues se refiere a la nulidad del acto por defectos de las lecturas necesarias y no por defectos de la misma requisitoria.

**B) NULIDADES ORIGINADAS EN LA FALTA DE
LA COMPETENCIA DE LOS JUECES O EN LA TRAMITACIÓN DE
LA SEPARACIÓN DE LOS MISMOS**

**§ 82. INFLUENCIA DE LAS CUESTIONES
DE COMPETENCIA**

Es regla general que el suscitamiento de las cuestiones de competencia suspenden el plenario en el juicio escrito; planteadas en la audiencia del juicio oral tienen que ser resueltas antes que cualesquiera otras, deteniéndose la audiencia hasta que ello ocurra. Pero, por supuesto, no es esa la regla aplicable a la instrucción, la cual, no obstante el planteo de incompetencia, tiene que ser continuada por el juez que previno, o, si no es posible determinar quien previno, por el requerido de inhibición (art. 45, Cód. Proc. de Santa Fe), los actos realizados conformes a dicha disposición, y hasta la declaración de incompetencia, son válidos; el juez a quien en definitiva le corresponda intervenir no necesita ratificarlos, aunque podrá hacerlo de oficio o a pedido de parte (art. 20, inc. 17º, Cód. Proc. de Buenos Aires) y, en su caso, ampliarlos (art. 50, Cód. Proc. de la Nación -ley 23.984-).

Sin embargo, estos principios, en lo que atañe a la validez de los actos llevados a cabo por el juez que a la postre resulta incompetente, se encuentran limitados por reglas específicas regulatorias de la competencia material y territorial, por la cual no resulta de ser más adecuada

la norma del Código Procesal de Córdoba (art. 47) en cuanto dispone que “al resolver el conflicto, el tribunal determinará, si correspondiere, que los actos del declarado incompetente no conserven validez” (en igual sentido, art. 56, Cód. Proc. Córdoba –ley 8123–), sin perjuicio que aquellos cuya invalidez no haya sido pronunciada pueden ser ratificados o ampliados por el juez competente.

§ 83. ***INCOMPETENCIA DEL JUEZ INSTRUCTOR
EN RAZÓN DE LA MATERIA***

Cuando la incompetencia de un juez instructor ha sido declarada en razón de la materia, encontramos en las leyes procesales dos líneas regulatorias distintas.

Según una de ellas, *la inobservancia de las reglas* sobre competencia material acarreará la nulidad de los actos cumplidos por el juez incompetente; aunque con dos excepciones: los que no pueden ser repetidos y los realizados por un juez de competencia superior frente a la del declarado competente. Esto último se refiere a la competencia determinada por la *gravedad* del delito (p.ej., los actos llevados a cabo por el juez de instrucción declarado incompetente, antes de esa declaración, mantendrán su validez en sede correccional) (arts. 33 y 428, Cód. Proc. de Córdoba; art. 48, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, y art. 36, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

El Código santafesino, al contrario, otorga similares efectos a la declaración de incompetencia por razón material que por razón territorial, disponiendo que cuando la cuestión se haya planteado sobre la primera, “todos los actos que se hayan practicado durante la instrucción hasta la declaración de incompetencia serán válidos, sin necesidad de que se ratifiquen” (art. 30).

§ 84. **INCOMPETENCIA DEL JUEZ INSTRUCTOR
EN RAZÓN DEL TERRITORIO**

En este supuesto, los códigos mantienen el principio de la validez de los actos de instrucción cumplidos antes de la declaración de incompetencia (art. 37, Cód. Proc. de Córdoba; art. 46, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–; art. 40, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y art. 34, Cód. Proc. de Santa Fe), siempre y cuando, claro está, que aquéllos hayan ingresado “válidamente al proceso por encontrarse cubiertas las formas procesales del lugar de su realización, siempre que no resultasen violatorios de los principios fundamentales a que debe sujetarse el tribunal que, sin haberlos cumplido, los valora”⁷.

Conviene advertir que la razón de invalidez asume carácter plenamente objetivo: no se refiere al momento en que el juez declarado incompetente toma conocimiento de dicha decla-

⁷ D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 67, con cita del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ED, 137-184).

ración, sino al momento en que se produce ella. En principio, pues, los actos llevados a cabo por el instructor incompetente entre el pronunciamiento del tribunal que tal los declara y el momento en que esa resolución llega a su conocimiento, carecerán de validez.

§ 85. *SEPARACIÓN DEL JUEZ DURANTE LA INSTRUCCIÓN*

Situaciones parecidas a las anteriores, en algunos aspectos, se presentan en la tramitación de la recusación de los jueces, aunque, como es obvio, reducidas a la etapa instructoria en cuanto ella no se la puede detener por esa incidencia.

Cuando el juez admite la causal invocada por el recurrente y se separa de la causa, a partir de esa separación serán nulos los actos por él realizados, no así los practicados con anterioridad a ella (p.ej., art. 64, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y art. 63, Cód. Proc. de Córdoba), norma que no deja de acarrear peligro en orden a la actuación imparcial de aquél, el que se aventaría si los actos se considerasen viciados desde el momento en que toma conocimiento que ha sido recusado, sin perjuicio de excepciones (p.ej., actos irreproductibles y urgentes).

Cuando el juez no admite la causal de recusación, la ley no lo separa de la instrucción; él puede seguir actuando durante el trámite del incidente. Pero, en caso de producirse la separación, el recusante tiene derecho a demandar la nulidad de los actos cumplidos en dicho período, aunque la ley fija un tiempo breve (general-

mente veinticuatro horas) para oponerla ante el juez que reemplaza al separado, una vez recibidas las actuaciones por él (art. 57, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 61, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 69, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–).

La respectiva disposición del Código de Buenos Aires (art. 39, párr. 1º, texto según ley 10.358) no parece distinguir, en cuanto a la nulificación, las actuaciones llevadas a cabo por el juez separado antes de la interposición de la recusación, de las realizadas antes de dicha circunstancia, puesto que se limita a reglar que “si se hiciere lugar a la recusación, las actuaciones practicadas por el juez separado, serán nulas si así lo pidiere el recusante”.

La disposición que regula la materia en el vigente Código de la Nación (art. 62) no es de fácil interpretación, ya que para permitir al juez recusado que continúe investigando durante el trámite del incidente, cuando no reconoce la causal de recusación, requiere que sean “manifiestamente inciertos los hechos que se alegan”. Cabe preguntarse, entonces, entre otras cosas, qué solución tendrá que darse en la hipótesis en que los hechos alegados como constitutivos de causales de separación, aun siendo ciertos históricamente, puedan ser objeto de distintas interpretaciones. La letra de la ley, aun en esos casos, estaría vedando al juez continuar investigando, con lo que no sólo las partes tendrían derecho a demandar la nulidad de los actos cumplidos, conforme a la segunda cláusula del artículo, sino que esa nulidad también sería de-

clarable aunque no mediase aquella petición. Quizá pueda tratarse de una estructura corregible por vía pretoriana.

C) NULIDADES ORIGINADAS EN VICIOS ESPECÍFICOS DE LOS ACTOS DEL PROCESO

§ 86. *IDIOMA*

Las leyes procesales imponen el empleo del idioma nacional en los actos del proceso, “bajo sanción de nulidad” (art. 109, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 128, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–; art. 116, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 114, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), lo cual no empuja a que en escritos o exposiciones de las partes, algunas citas de doctrina y jurisprudencia extranjeras puedan vertirse en su idioma original, en tanto ellas no entorpezcan la normal intelección de la petición y sus fundamentos; cuando la proliferación de citas en idioma extranjero produzca ese efecto el acto será nulo.

Desde luego que nada obsta a que quien presenta los escritos o produce las expresiones aporte la traducción de dichas citas (sin intervención del traductor *oficial*).

Lo que requiere indispensablemente la versión en que intervenga un traductor *oficial*, o, si no lo hubiese, por quien, conociendo el idioma extranjero o dialecto, haga sus veces cumpliendo los requisitos impuestos por la ley (p.ej., juramento), son las declaraciones (exposiciones verbales) del imputado y testigos. La jurisprudencia

dencia ha sostenido reiteradamente que la intervención del traductor en esos casos no puede ser sustituida por el juez o el funcionario del organismo judicial que conozca el idioma o dialecto⁸.

§ 87. **DOCUMENTACIÓN DE LOS ACTOS DEL PROCESO**

Como es sabido, la documentación de los actos del proceso se realiza mediante actas que forman la materialidad del cuerpo escrito denominado *expediente*, junto con las resoluciones del juez o tribunal, las que también tienen que ser vertidas en documentos los cuales, además, en ciertos casos, deben ser *protocolizados* aparte, en sus originales o en copias.

Las actas, para ser válidas, requieren que a la expresión documental del contenido del acto realizado, se agregue la de la fecha en que éste se lleva a cabo y la firma de los intervinientes: jueces, secretarios, funcionarios, exponentes y, en algunos supuestos, de los llamados *testigos de actuación* (art. 137, Cód. Proc. de Córdoba

⁸ En tal sentido, se sostiene “que la nulidad resulta absoluta cuando retacea la comprensión de cruciales actividades (v.gr., la intimación en la indagatoria –art. 298–) cuya magnitud abiertamente agrede una garantía constitucional (art. 168, párr. 2º). En el caso se truncaría la posibilidad de refutar los hechos endilgados, con efectiva lesión a la garantía del art. 18 de la Const. nacional” (D’ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 130). Por supuesto que, más allá del ejemplo, esa especie de nulidad (declarable de oficio) se extiende a todos los actos respecto de los cuales puede invocarse la misma razón.

–ley 8123–; art. 125, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 140, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

La firma de los intervinientes es una exigencia común indispensable, tanto es así que si alguno de ellos no supiere firmar o no pudiese hacerlo, o se encontrase impedido para interiorizarse directamente de lo volcado en el acta (ciegos, analfabetos), la generalidad de las leyes disponen, “bajo sanción de nulidad”, que ella “pueda ser leída y suscripta por una persona de su confianza” y el acta misma dar cuenta que esa facultad le fue comunicada al declarante, siendo la omisión de dicha constancia otro vicio nulificadorio (arts. 135, párr. 2º, y 137, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–; art. 125, Cód. Proc. de Córdoba, y arts. 139, párr. 3º, y 140, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

También prevé la ley el supuesto de negativa a firmar del declarante, particularmente cuando se trata del imputado. Esa negativa tiene que ser hecha constar en el acta para que la omisión de su firma no afecte la validez del acto (p.ej., art. 322, párr. 2º, Cód. Proc. de Santa Fe) y algunos códigos exigen (igual que en el caso de impedimento para firmar) que la firma del declarante sea *reemplazada* por la de un *testigo hábil* (art. 134, párr. 2º, Cód. Proc. de Buenos Aires).

§ 88. ACTOS DE LA “AUTORIDAD”

La firma del funcionario, que produce por sí un acto del proceso en su documentación, es,

asimismo, un requisito para la validez de aquél, como ocurre, por ejemplo, con los requerimientos del ministerio público (art. 154, párr. 3º, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–).

Idéntica exigencia se presenta en cuanto a la firma del juez o integrantes del tribunal en la documentación de sus resoluciones (art. 124, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), salvo situaciones excepcionales que luego trataremos con más detalle.

En principio, la firma del secretario no es indispensable más que en los supuestos en que se desempeña como *actuuario-fedatario*, vale decir dando cuenta de actos pasados en su presencia (p.ej., art. 75, texto según ley 10.358, Cód. Proc. de Buenos Aires). Salvo exigencias expresas de la ley, su firma no sería imprescindible en las versiones documentales de los actos decisorios emanados del juez o tribunal (decretos, autos, sentencias). No pocas leyes obvian implícita o expresamente la exigencia de la firma del secretario en esos documentos. Sin embargo, se ha interpretado que el art. 121 del Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984– requiere la firma del secretario en todos los actos en que intervenga el juez o tribunal, sin excepción, aunque su omisión constituye un vicio originador de una nulidad *relativa* y, por ende, subsanable⁹, lo cual no deja de plantear dudas.

⁹ DONNA - MAIZA, *Código Procesal Penal*, p. 140.

§ 89. **“RELATIVIDAD” DE LA OMISIÓN
DE LA FECHA DEL ACTO**

Vimos que la enunciación de la fecha del acto es necesaria en su documentación actuarial, así como también lo es en la documentación de los actos decisorios (p.ej., art. 125, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 137, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–), pero las leyes flexibilizan la aplicación de la sanción de nulidad en las hipótesis de omisión, imponiendo la declaración de ella sólo cuando la fecha no puede ser establecida con certeza “en virtud de los elementos del acto”, expuestos en el acta misma, “u otros conexos” (art. 117, párr. 2º, Cód. Proc. de Córdoba; art. 129, párr. 2º, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, y art. 115, párr. 2º, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), como puede ser la intercalación del acto entre otros dos realizados en la misma fecha.

§ 90. **FORMAS DE LA VERSIÓN DOCUMENTAL**

No obstante, las previsiones específicas de las leyes procesales civiles, aplicables como derecho supletorio, algunas leyes procesales penales repiten sus normas sobre la forma de la versión documental que se vuelca en el acta. Así, por ejemplo, el art. 140, párr. 2º, del Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, dispone que “son nulas las enmiendas, interlineados y sobrraspados efectuados en el acta y no salvados

al final de ésta". Salvo en situaciones particulares (p.ej., imposibilidad de captar el sentido del acta), la omisión de la respectiva constancia *salvatoria* no produce la nulidad total del acta: la enmienda o el soberraspado no salvados dejan vigente la expresión original, si ésta es captable, y el interlineado debe ser tenido por no escrito; a ello se reduciría, en principio, la particular nulificación con que amenaza la ley¹⁰.

§ 91. **COMUNICACIONES A PARTES Y TERCEROS**

Las comunicaciones a partes y terceros que tienen que intervenir en el proceso, sea para enterarlos de actos realizados o de decisiones jurisdiccionales, sea para convocarlos o darles oportunidad de audiencia, requieren determinadas formas mediante las cuales quede precisado a quien se dirige la comunicación, se vierta la indispensable completividad de lo que se quiere comunicar, el momento en que se efectúa la comunicación y el funcionario que la practica. De allí que las comunicaciones resulten nulas cuando medien errores sobre la persona notificada, una resolución lo haya sido *en forma incompleta* en los aspectos que necesite conocer el notificado y que, por ende, tienen que ser transcriptos para que éste comprenda sus alcances y pueda, en consecuencia, ejercer sus derechos (p.ej., que en la *cédula* respec-

¹⁰ EDWARDS, *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación*, p. 150.

tiva se transcribiese uno de los puntos del fallo y no todos los que afectasen al notificado), si “faltasen algunas de las firmas prescriptas”, o cuando, debiendo hacerse la notificación con entrega de copias, no se dejase constancia de que ello se cumplió (art. 173, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–; arts. 157 y 164, Cód. Proc. de Córdoba, y arts. 152 y 160, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

En supuestos de *citaciones*, la comunicación tiene que completarse con menciones de otras circunstancias que deben ser conocidas, sin posibilidades de error, por el convocado: el tribunal que la dispone y, en su caso, aquel al que tiene que concurrir el citado y el lugar, día y hora en que tiene que hacerlo. De allí que algunas leyes, sin perjuicio de las nulidades deducibles de las reglas más generales expuestas precedentemente, amenazan con ellas, taxativamente, la omisión de la mención de dichas circunstancias (p.ej., art. 153, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

D) NULIDADES ORIGINADAS EN LA VIOLACIÓN DE GARANTÍAS DE LA DEFENSA DEL IMPUTADO

§ 92. RELACIÓN CON NORMAS DE CARÁCTER GENERAL

Aunque las previsiones específicas no parecen imprescindibles –dadas las normas generales sobre nulidad y la particular relación de la materia con las garantías constitucionales de

la defensa en juicio—, las leyes procesales han preferido subrayar determinados requisitos que tienen que reunir los actos respectivos, sancionando expresamente su omisión o sus defectos con la consecuencia de su nulificación.

§ 93. ***“INDAGATORIA” DEL IMPUTADO***

Las nulidades específicas que las leyes procesales prevén con relación a las declaraciones del imputado —a partir de la concepción de la *indagatoria* como medio de defensa— se refieren a distintas circunstancias: autoridades que pueden interrogarlo, conocimientos previos que tiene que adquirir mediante comunicaciones que preceden a su exposición, presencia e intervención del defensor, comunicación de la versión documental del acta, prohibición de procedimientos que pueden menoscabar su libertad para declarar.

§ 94. ***AUTORIDADES QUE PUEDEN RECIBIR DECLARACIÓN AL IMPUTADO***

La mayor parte de los códigos permiten a las autoridades de policía judicial recibir exposiciones al imputado, por iniciativa de la misma autoridad, aunque observando las garantías de la *indagatoria* y, en su caso, con la presencia del defensor que aquél haya elegido (p.ej., art. 190, inc. 8º, Cód. Proc. de Córdoba); algunos sólo admiten esa posibilidad cuando el mismo imputado es quien solicita ser oído por aquella au-

toridad (art. 324, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–); otros terceros optan por otorgar la facultad de “recibir al imputado simple interrogatorio sumario, si éste lo consintiere, al sólo efecto de orientar la investigación” (art. 190, inc. 12º, Cód. Proc. de Santa Fe).

El Código Procesal Penal de la Nación –ley 23.984– prohíbe a la policía judicial recibir declaración al imputado, al que sólo podrá dirigir preguntas destinadas a *constatar su identidad* y aun ello cumpliendo con el requisito, reglado en el art. 184, párr. 2º, de darle lectura de los arts. 104, inc. 1º y último (facultad de designar defensor), 197 (posibilidad de entrevistarse con el defensor), 295 (presencia del defensor en el acto de la indagatoria), y 296 (libertad para declarar o abstenerse de hacerlo). Tanto el exceso en el interrogatorio (que supere la indagación de las circunstancias que atañen a la identidad), cuanto la omisión de las lecturas del articulado citado, acarrear la nulidad del acto.

Estas lecturas persiguen –sin duda– la finalidad de interiorizar al imputado de los derechos que tiene en ese carácter en el proceso, desde su inicial intervención en éste, pero la mayoría de ellas se refieren a las declaraciones que produce ante el juez. En primer lugar, no deja de plantear algunas dudas la interpretación de la cláusula de la norma citada, que aquellas reglas son “de aplicación analógica al caso”. Fuera de que allí puede mediar una incorrección expresiva, puesto que cuando la ley dispone la aplicación de un determinado pre-

cepto en una determinada hipótesis, no se puede hablar de analogía, la aplicación de los mencionados preceptos al acto en que la autoridad dirige preguntas al imputado para constatar su identidad, indicaría que entonces aquél tendrá derecho a entrevistarse previamente con el defensor, requerir su presencia en el acto, conocer la imputación y la prueba existente en su contra, etc., derechos que si no son respetados acarrearían *a fortiori* también la nulidad del acto, consecuencia difícilmente concebible para un interrogatorio que tiene que reducirse a la identidad del interrogado¹¹. La doctrina apunta la solución acudiendo a la *necesidad* de la lectura y a la falta de interés en ella como motivo de no invalidación¹².

**§ 95. CONOCIMIENTOS QUE TIENE QUE POSEER
EL IMPUTADO, PREVIOS A SU EXPOSICIÓN**

Relacionado con lo anterior, aunque ya con respecto a las declaraciones del imputado ante el juez, éste debe tener conocimiento de determinadas circunstancias que le tienen que ser

¹¹ La primera refiere a los límites de la prohibición, ya que pueden existir supuestos en los que difícilmente se puede pensar en una *recepción de declaración* al imputado (p.ej., declaraciones espontáneas).

¹² Esto último, con cita de jurisprudencia, se puede ver en DONNA - MAIZA, *Código Procesal Penal*, p. 210; lo primero, en la misma obra, p. 208 y ss. y, además, EDWARDS, *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación*, p. 183 y ss.; D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 189 y siguientes.

comunicadas por el magistrado, cuya omisión constituye un vicio nulificador del acto. Tales conocimientos son los que enunciamos a continuación.

En caso que un tercero hubiese designado abogado defensor para que lo asista, mientras el imputado se encontraba incomunicado, se le tiene que hacer saber (art. 85, párr. 1º, Cód. Proc. de Santa Fe).

Asimismo los hechos que se le atribuyen, sobre los cuales versará la indagatoria (art. 314, Cód. Proc. de Santa Fe), los que tendrán que serle comunicados de modo circunstanciado (*detallado* dice el art. 261 del Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–), lo cual debe ser transcrito en el acta (art. 261, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, citado)¹³.

Informarle que tiene el derecho de abstenerse de declarar, sin que esa abstención pueda ser estimada como presunción en contra suya (art. 319, párr. 1º, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 294, Cód. Proc. de Córdoba; art. 259, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–; art. 296, Cód. Proc. de la

¹³ Más dificultades que el aspecto tratado es el relativo al contenido del acta, en particular en lo que refiere a la noticia del *hecho que se atribuye* o *los hechos* (art. 298, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), y la duda sobre si basta que en el acta se documente que el o los mismos se pusieron de manifiesto al imputado o es necesario que en ella se vuelva la descripción que se le proporcionó. La jurisprudencia nacional no ha dejado de ser contradictoria (ver D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 288 y 289; DONNA-MAIZA, *Código Procesal Penal*, p. 347).

Nación –ley 23.984–, y art. 128, párr. 3º, texto según ley 10.358, Cód. Proc. de Buenos Aires).

Algunos códigos agregan la noticia de las pruebas existentes en autos que sirven para la imputación que se formula (art. 261, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–).

La omisión de estas noticias o de su documentación en el acta producen nulidad declarable de oficio (absoluta), puesto que se afectan garantías constitucionales¹⁴.

§ 96. *INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR*

Otras nulidades atañen a la actividad del defensor en el acto de la indagatoria.

Aunque la comunicación del derecho que tiene el imputado a designar defensor y a requerir su presencia en el acto está prescripta en la generalidad de las leyes procesales (p.ej., art. 206, Cód. Proc. de Córdoba), algunas requieren que la realización de aquel sea expresamente notificada al defensor (art. 128, párr. 1º, texto según ley 10.358, Cód. Proc. de Buenos Aires) y otras admiten que el imputado pueda prestar conformidad para declarar sin la presencia de su defensor (art. 85, párr. 1º, Cód. Proc. de Santa Fe).

Algunos códigos prescriben, de modo expreso, la presencia del defensor en la indagato-

¹⁴ D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 287; EDWARDS, *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación*, p. 261.

ria, como ocurre en el Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123– (art. 258), aunque la respectiva norma podría llegar a colisionar con la del art. 261 que prescribe la comunicación al imputado “que puede requerir la presencia del defensor”, con lo que, en principio, se podría interpretar que la nulidad prescripta por el art. 258 operaría únicamente cuando aquel haya requerido expresamente dicha presencia.

El Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984– faculta al defensor a entrevistarse con el imputado detenido inmediatamente antes de la realización de la indagatoria, “bajo pena de nulidad” (art. 197, párr. 1º). Se ha entendido que dicha nulidad procede cuando el defensor o el imputado demandan la entrevista, puesto que se trata “de una limitación a la incomunicación”¹⁵.

Pero la cuestión que será objeto de mayor debate en el Código Procesal de la Nación es la de si la presencia del defensor en la indagatoria tiene o no carácter de necesaria. Ello, relacionado con el art. 295, se plantea en dos aspectos: si se requiere indefectiblemente la notificación al defensor designado, de la realización del acto y si su presencia es requisito ineludible para su validez, o sólo se trata de una facultad que puede ejercerse, pero que no ejercida (sin incidencia de defectos en aquella comunicación) esta omisión no vicia el acto. El debate, con soluciones contradictorias, ya ha trascendido la doctrina¹⁶.

¹⁵ DONNA - MAIZA, *Código Procesal Penal*, p. 299.

¹⁶ D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 285

§ 97. PROCEDIMIENTOS PROHIBIDOS

Asimismo originan nulidades los procedimientos prohibidos que se hagan recaer sobre la persona del indagado: empleo de coacciones o amenazas u otros procedimientos para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar cuando ha manifestado su voluntad de no hacerlo, o para que declare de una determinada manera (“cargas o reconvenções destinadas a obtener su confesión”) (art. 319, párr. 2º, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 294, Cód. Proc. de Córdoba; art. 259, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, y art. 296, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

§ 98. COMUNICACIÓN DEL CONTENIDO DEL ACTA

También origina nulidad la omisión de dar cuenta al imputado del contenido del acta librada sobre su indagatoria. La mayoría de los códigos mandan practicar esa comunicación por medio de la lectura íntegra de aquélla que tiene que ser realizada por el secretario actuante, sin perjuicio que el imputado o su defensor proce-

y 286; DONNA - MAIZA, *Código Procesal Penal*, p. 340 y 341. El Tribunal Oral N° 5 de la Capital Federal resolvió que “es nula la declaración indagatoria en la que se omitió hacer saber al imputado que podía entrevistarse con su defensor antes de la misma, ni se dejó constancia de que tal entrevista se hubiese llevado a cabo o que el imputado hubiese renunciado a esa posibilidad” (LL, 1994-A-23, con nota de CASTEJÓN, *Nulidad de la declaración indagatoria, omisión de la entrevista previa del imputado con el defensor*).

dan de modo personal a dicha lectura (art. 299, Cód. Proc. de Córdoba; art. 264, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, y art. 301, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–); el acta tiene que completarse con la enunciación que dicha lectura se llevó a cabo (art. 133, párr. 1º, texto según ley 10.358, Cód. Proc. de Buenos Aires).

Algunas leyes invierten el orden instrumental: contemplan como procedimiento principal la lectura directa por el imputado y, como subsidiario, el de la lectura por el secretario (art. 133, Cód. Proc. de Buenos Aires).

§ 99. **LA INDAGATORIA COMO ACTO NECESARIO DEL PROCESO**

Las leyes invocan expresamente la válida realización de la indagatoria como acto necesario para la prosecución del proceso. Es, desde luego, un acto necesario para el dictado del procesamiento (p.ej., art. 307, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y art. 325, párr. 2º, Cód. Proc. de Santa Fe) y, por ende, para el requerimiento de elevación a juicio, incluso en el caso de citación directa (art. 430, Cód. Proc. de Córdoba), ocurriendo lo mismo en los sistemas en que actúa el fiscal (p.ej., Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–) o puede actuar (art. 215, párr. 2º, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–) como instructor. Luego veremos cómo la indagatoria previa a la recepción de la prueba en el juicio oral es, asimismo, un requisito indispensable para su realización. La ausencia de dicho acto

arrastra la nulidad de todos los actos decisorios cuya validez depende de aquél.

También algunos códigos disponen que se reciba declaración al imputado en procesos por delitos de acción privada, “bajo sanción de nulidad” (art. 251, Cód. Proc. de Santa Fe).

§ 100. *INDAGATORIA EN LA TRAMITACIÓN DEL JUICIO ORAL*

Según se indicara, la indagatoria es un requisito previo para la continuación del juicio oral. Está prevista como primera actuación en la audiencia de debate, luego de su apertura y una vez resueltas las cuestiones incidentales (art. 390, párr. 1º, Cód. Proc. de Córdoba; art. 385, párr. 1º, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, y art. 378, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), cuya omisión acarrea la nulidad de los actos subsiguientes.

La ampliación de esa indagatoria procede toda vez que, en el curso del debate, surja la existencia de un hecho integrativo del delito continuado imputado o circunstancias agravantes del que es atribuido, sobre los cuales el procesado no ha sido indagado. Ello importa, a su vez, la ampliación del contradictorio (que algunos códigos prevén aun para el juicio escrito, ver art. 471, párr. 1º, Cód. Proc. de Santa Fe); el tribunal tendrá que dar oportunidad a la defensa para peticionar la suspensión del debate, a fin de ofrecer pruebas sobre los hechos nuevos conocidos o para preparar la defensa a su res-

pecto (art. 471, Cód. Proc. de Santa Fe). Tanto la omisión de la ampliación de la indagatoria o la negativa a conceder la suspensión, acarrearán nulidad (art. 393, Cód. Proc. de Córdoba).

Aunque luego hemos de volver sobre la cuestión, adelantamos el señalamiento de una cuestión cuya solución puede llegar a ser dudosa. La nulidad declarada en esos casos, ¿abarca toda la secuencia del juicio, o sólo constituye un impedimento para que el tribunal se pronuncie sobre el hecho integrativo de continuación o sobre la circunstancia agravante? Si consideramos que estamos ante un delito (único) sobre el cual tiene que pronunciarse, no pudiendo remitir el juzgamiento, del hecho integrativo o de la circunstancia agravante a una nueva instrucción y juzgamiento, y concluimos en que lo único que puede hacer es pronunciarse sin tener en cuenta aquellos, el juzgamiento versaría sobre un hecho extraño, distinto del realizado; demandada, pues, la nulidad, ella tiene que abarcar toda la secuencia del juicio, incluso la sentencia, y la causa ser remitida a otro tribunal distinto para el juzgamiento.

§ 101. *AUDIENCIA ESPECIAL DEL IMPUTADO*

El Código de Buenos Aires (art. 8º, texto según ley 10.358) subraya la garantía del justiciable, en cuanto a su derecho de audiencia (a ser oído) en la etapa del juicio, antes de dictarse la sentencia (es apreciable que se tiene en cuenta el juicio escrito, particularmente) —lo que no

tendría que ver con la eventual constatación de *visu* del art. 41, inc. 2º, Cód. Penal—. La omisión de la convocatoria a dicha audiencia acarrea la nulidad de la decisión en determinados casos; cuando el imputado estuviese detenido o cuando, encontrándose en libertad, él o su defensor hubiesen requerido dicha audiencia.

§ 102. ***NULIDADES ESPECÍFICAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE COERCIÓN PROCESAL***

Las leyes procesales de la última generación que han eliminado el *auto de procesamiento*, como acto necesario en la instrucción (Cód. Proc. de Córdoba —ley 8123—), han tenido que prever, de manera específica, en los procedimientos de coerción procesal, determinados contenidos y formalidades que en los otros sistemas se cumplen en el dictado de aquel auto.

El Cód. Proc. de Córdoba —ley 8123— requiere, para que sea procedente el dictado de prisión preventiva, no sólo la indagatoria previa del imputado, sino también la *probabilidad* de su participación en el delito, extremo este último, que si no se encuentra fundamentado en aquel pronunciamiento, acarrea su nulidad (art. 281). El pronunciamiento tiene que estar integrado, asimismo, con otros actos que, en los sistemas que mantienen el auto de procesamiento, son indispensables para su validez: los personales del imputado, mención de los hechos atribuidos, fundamentos de la decisión, calificación del o de los delitos con las citas del derecho aplicado (art. 282, párr. 1º).

E) NULIDAD DE LOS ACTOS DE PRUEBA

§ 103. *PRINCIPIO GENERAL: LA PRUEBA PROHIBIDA*

Es amplio el caudal de normas procesales que prevén hipótesis de nulidad por vicios que se insertan en los actos de prueba. Pero, además, se ha abierto paso en las nuevas reglamentaciones de nuestro derecho procesal penal, con categoría de principio general, el de la *prueba prohibida* (que, por otra parte, alcanza expresamente jerarquía de garantía constitucional, dada la inclusión de textos de pactos internacionales en la Constitución de la Nación por imperio de la reforma de 1994).

Un ejemplo de la taxativa consagración de dicho principio lo encontramos en el art. 194 del Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, al disponer: “Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su vinculación y fueren necesaria consecuencia de ella”¹⁷.

§ 104. *ACTOS DEFINITIVOS E IRREPRODUCTIBLES*

Si quisiéramos establecer una distinción de categorías podríamos decir que un acto es *definitivo*, cuando, por razones jurídicas, su repeti-

¹⁷ Sobre la cuestión, D'ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 222.

ción en el proceso puede llegar a ser inadmisibile (p.ej., un nuevo reconocimiento del imputado por el testigo); un acto es *irreproductible*, por razones de orden natural, si no se lo puede volver a realizar o existe peligro que no puede ser repetido (p.ej., autopsias en determinados casos, pericias que agotan el material disponible, testimonio de una persona por cuya vida se teme).

Ambas especies quedan comprendidas en una misma categoría procesal de actos que reclaman particulares requisitos para ser realizados atendiendo a la circunstancia que ellos pueden llevarse a cabo durante el período de secreto de las actuaciones, lo que entra en conflicto con el interés de las partes en controlarlos.

Los códigos acostumburan a nominar los actos de prueba que, pese a la vigencia del secreto de las actuaciones, tienen que poder ser controlados por las partes: registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones (“siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproductibles”), declaración del testigo que no pueda realizarla posteriormente o del cual se teme que no la podrá hacer (art. 205, Cód. Proc. de Santa Fe, y art. 201, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), o del cual sea posible prever que puede ser fácilmente inducido a falsear sus declaraciones (art. 308, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–), como pueden ser un menor o persona mentalmente deficitaria.

Con exclusión del registro domiciliario (art. 201, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y

art. 309, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–), las partes (fiscal y defensor) tienen que ser notificadas de la realización del acto con anterioridad para que puedan asistir. La omisión de tal notificación acarrea la nulidad del respectivo acto de prueba, salvo que medie urgencia, en cuyo caso se puede obviar la notificación o, si ella ya fue practicada, llevar a cabo el acto antes de la oportunidad especificada en ésta. Pero, en estas hipótesis, el juez tiene que disponerlo mediante decreto fundado en el que se dé cuenta de los motivos; si tal decreto no media o no se ha fundado sobre las particulares circunstancias de la urgencia, el acto deviene igualmente nulo (art. 201, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–; art. 206, Cód. Proc. de Santa Fe, y art. 209, Cód. Proc. de Córdoba).

El nuevo Código de Córdoba –ley 8123– requiere que a la declaración del testigo, en las circunstancias antes expuestas, a la cual se le ha hecho imposible asistir al defensor designado (o cuando éste no lo hubiere sido todavía en la causa), lo haga el *asesor letrado* que se designará de oficio (art. 309).

En los sistemas en los que la instrucción formal se encuentra a cargo del juez de instrucción, pero se admite –para determinados delitos– una actividad instructoria del fiscal, éste no puede realizar por sí los actos definitivos e irreproducible, sino que tiene que instar su realización por el juez (art. 422, Cód. Proc. de Córdoba). Una solución similar trae el Cód. Proc. de Buenos Aires (art. 77, texto según ley

10.358) que autoriza al fiscal a practicar diligencias previas “imprescindibles para la promoción de la acción pública”.

§ 105. **PRESTACIÓN DE JURAMENTO**

La formalidad de la prestación de juramento o promesa de decir verdad es requisito exigido para todos quienes depongan en la causa en calidad que no sea la de imputado, tales como los testigos, peritos, intérpretes o traductores (p.ej., arts. 275 y 288, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 256, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–; art. 118, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 131, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–). Es más, por lo general se exige que dicha prestación se formalice con expresiones sacramentales (“lo juro”, “lo prometo”, invocación a las creencias religiosas o al honor del declarante) y expresas conminaciones (advertencia sobre las consecuencias de la falsedad) cuya observancia también se dispone bajo sanción de nulidad (art. 114, Cód. Proc. de Santa Fe; art. 131, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, y art. 117, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–). Lo que, sin embargo, resulta dudoso es si en el acta respectiva tiene que volcarse toda la fórmula del juramento o si basta hacer constar que el declarante lo ha prestado “en forma de ley”; como no existen prescripciones que obliguen a aquella transcripción, bastaría con esta última constancia.

El único Código –de los que recordamos– que no sigue la línea de disponer la declaración

de nulidad en caso de omisión, es el de Buenos Aires, el que se limita a normar que, en tal supuesto, el dicho del testigo no merecerá *entera fe* (art. 253).

§ 106. **EXCEPCIONES**

Estas formalidades, así como la prescripción de la sanción de nulidad en hipótesis de omisión, se legislan de modo específico para los testigos, pero las leyes enuncian personas que están exentas de prestar juramento (p.ej., menores de dieciséis años, quien ya ha sido condenado por el delito respecto del que declara en proceso seguido a otro partícipe en el mismo o por delito conexo) (art. 251, párr. 1º, Cód. Proc. de Córdoba; art. 277, párr. 1º, Cód. Proc. de Córdoba -ley 8123-, etcétera).

§ 107. **CASOS ESPECIALES**

Algunos códigos agregan otras precisiones para casos especiales, conminando expresamente con nulidad su incumplimiento.

Así lo hace el Cód. Proc. de Buenos Aires (art. 153, párr. 1º), el que dispone que “en caso que el testigo sea ciego o no sepa leer ni escribir, el juez nombrará para que lo acompañe a una persona mayor de edad que firmará la declaración después que aquél la hubiese ratificado”.

§ 108. **PROHIBICIÓN DE DECLARAR. DEBER DE ABSTENCIÓN. FACULTAD DE ABSTENCIÓN**

Los códigos distinguen tres clases de testigos que están o pueden ser marginados de la obligación de declarar, por lo menos en determinado sentido o con relación a ciertos aspectos de los hechos.

a) Testigos a quienes se prohíbe testificar en contra del imputado: su cónyuge, ascendientes y descendientes o hermanos, salvo que el delito aparezca ejecutado en contra del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado. Si fuera de estos casos de excepción, el testigo declara en contra del imputado, esa declaración es nula (art. 244, Cód. de Córdoba; art. 242, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y art. 251, Cód. Proc. de Santa Fe).

b) Testigos que pueden abstenerse de declarar en contra del imputado: parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad, tutor y pupilo, salvo que el testigo sea en la causa denunciante, querellante o actor civil, o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o en el de un pariente suyo de grado igual o más próximo (art. 243, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y art. 252, Cód. Proc. de Santa Fe).

El Código Procesal Penal de Córdoba regula lo relativo a la relación tutor-pupilo equiparándola al parentesco de segundo grado (art. 245,

párr. 3º) e incluye en la facultad de abstención al cónyuge y parientes a quienes se les prohíbe declarar en contra del imputado en los supuestos excepcionales en que no rige dicha prohibición (art. 244, párr. 2º).

La declaración facultativa en contra del imputado no es nula en cuanto tal, siempre y cuando se haya advertido al testigo, antes que declare, que tiene la facultad de optar, documentando en el acta respectiva la formulación de dicha advertencia. La nulidad deviene, entonces, de la omisión de estos requisitos (art. 243, párr. 2º, Cód. Proc. de la Nación; art. 251, párr. 3º, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 252, párr. 3º, Cód. Proc. de Santa Fe).

c) Testigos que deben abstenerse de declarar sobre hechos comprendidos en el secreto profesional (art. 156, Cód. Penal) u oficial (art. 157, Cód. Penal): ministros de un culto admitido, abogados, procuradores, escribanos, médicos, farmacéuticos, parteras y otros auxiliares del arte de curar, militares y funcionarios públicos (art. 244, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–; art. 253, Cód. Proc. de Santa Fe, y art. 246, Cód. Proc. de Córdoba).

Pero no todas las leyes traen una expresa sanción de nulidad para el caso que la declaración se produzca desconociendo el deber de abstención (como, por el contrario, ocurre en el art. 244, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), lo que no deja de plantear problemas en torno a la consecuencia del incumplimiento de dicho deber, a esto nos referiremos luego.

§ 109. **LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL
PENAL DE CÓRDOBA (LEY 8123)**

Dicho Código no mantiene la estructura regulatoria a que nos acabamos de referir. No contiene la prohibición de declarar en contra del imputado y se reduce a regular dos hipótesis.

a) Testigos que pueden abstenerse de declarar en contra del imputado, comprendiendo en esta categoría al cónyuge, ascendientes y descendientes, hermanos, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor o pupilo y personas con quien aquél convive en aparente matrimonio (art. 220), sancionando con nulidad la omisión de la advertencia de la facultad y su documentación expresa en el acta respectiva (art. 277, párr. 3º).

b) Testigos que deben abstenerse de declarar “sobre los hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión”, enunciando las mismas categorías que hemos visto en el párrafo anterior, pero sancionando expresamente con nulidad a la declaración en la que se hubiese inobservado el deber de abstención (art. 221).

§ 110. **AUSENCIA LEGISLATIVA DE UNA SANCIÓN
EXPRESA DE NULIDAD EN CASO DE
INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ABSTENCIÓN**

La mayor parte de los códigos sancionan la inobservancia del deber con la nulidad de la de-

claración (art. 246, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 244, Cód. Proc. de la Nación —ley 23.984—); pero algunos, como ocurre en el Código de Santa Fe (art. 253), emplean una fórmula que puede acarrear dificultades interpretativas, puesto que no menciona literalmente esa sanción. Sin embargo, la locución con la cual se refiere a la mentada hipótesis es, en sí, suficientemente clara, en el sentido que la omisión del cumplimiento del deber arrastra la invalidez del acto, ya que, además de disponer el deber de abstenerse, prohíbe *admitir como testigos* a quienes tienen que cumplir con su deber.

Estar exento del deber de abstención es, pues, requisito indispensable para ser testigo en el sistema santafesino. Si no obstante y fuera de las circunstancias excepcionales, el testigo es convocado, esta convocación viola una expresa prohibición de ley, apartándose de una *forma sustancial* que en dicho sistema, como vimos, es vicio nulificador del acto (art. 161).

§ 111. **SECRETO PERIODÍSTICO**

La ausencia de una regulación procesal sobre el secreto profesional del periodista (que legislativamente, de lo que sabemos, sólo ha sido asumido por una ley modificatoria del Código Procesal de Mendoza y trata de serlo por un proyecto presentado en la Cámara de Diputados de Santa Fe), plantea dificultades serias en el tema, tanto más cuanto la referencia constitucional taxativa a ese secreto se encuentra en el

art. 43, párr. 3º, de la Constitución reformada en 1994, que se reduce al particular procedimiento de amparo de *hábeas data* y a las *fuentes de información*.

Se ha reconocido la existencia y protección constitucional de aquel secreto a partir de la garantía de la libertad de prensa, invocándose el plexo de sus normas protectoras, aunque se discrepa sobre su extensión y modalidades, debate éste que excede el objetivo del presente trabajo. Pero lo que desde el punto de vista procesal queda claro, es que el secreto profesional del periodista no presenta una situación similar a la del secreto de otras profesiones, como son las que enuncian los códigos al regular el *deber de abstención*. En éstas, el mencionado deber aparece como garantía de la libertad de quien, por necesidad, ha tenido que poner su secreto en manos de un profesional; por el contrario, el secreto periodístico arranca, básicamente, de constituir una circunstancia operativa de la libertad de prensa.

Aunque no vemos grandes dificultades para encuadrar la violación del secreto periodístico en la del secreto profesional (art. 156, Cód. Penal), es indudable que aquel arranque nos está indicando que se trata, inicialmente, de un *derecho-facultad* de mantener el secreto y como tal tiene que ser regulado. Pero es dudoso que el no empleo de esa facultad ante un juez pueda producir la nulidad de su declaración. Si el periodista pudo optar, en su momento, por publicar o no la información que un interesado quie-

re mantener en reserva y las fuentes de donde la obtuvo, no parece que su declaración suponga un vicio del acto que lo invalide, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores que pueden caberle, según la línea que actualmente sigue nuestra jurisprudencia.

§ 112. **PRESENCIA DEL SECRETARIO.
EXAMEN AUTÓNOMO**

La presencia del secretario en la declaración testimonial es indispensable para la validez del acto, ya que éste tiene que actuar como fedatario; pero algunos códigos contienen previsiones especiales en ese sentido, a las que agregan la del examen autónomo de cada testigo, como lo hace el Código de Buenos Aires: "Cada testigo deberá ser examinado separadamente por el juez en presencia del secretario, bajo pena de nulidad" (art. 152, párr. 1º, texto según ley 10.358); lo cual no es óbice para que otros códigos prevean la intervención plural de varios testigos en un mismo acto (como, p.ej., en los reconocimientos, art. 290, Cód. Proc. de Santa Fe).

§ 113. **DESIGNACIÓN Y OPERACIONES
DE LOS PERITOS**

La designación de peritos tiene que ser notificada a las partes —obviamente incluido el ministerio fiscal— antes que aquellos inicien sus operaciones técnicas. Precisamente, la notifi-

cación tiene por objeto posibilitar la asistencia de las partes a dichas operaciones, poder formular declaraciones y, en su caso, proponer peritos *de parte* para que las presencién, lo que requiere que la notificación se formule con la indispensable anticipación, circunstancia ésta enunciada taxativamente en algunas leyes (p.ej., art. 167, Cód. Proc. de Buenos Aires).

Se excepcionan de la notificación anticipada los casos en que medie *suma urgencia* o cuando se trate de una *indagación sumamente simple*, aunque entonces la realización de la pericia tiene que ser comunicada a las partes, una vez llevada a cabo, para que ellas puedan hacer valer sus derechos (hacer examinar los resultados por otros peritos, instar la repetición de las operaciones si fuera posible, etc.); si se omitiese dicha comunicación, también la pericia puede ser declarada nula (art. 260, Cód. Proc. de Córdoba; art. 236, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–; art. 258, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, etcétera).

Además, a los peritos que no sean *oficiales* se les exige juramento, previo a la realización de las operaciones (p.ej., art. 257, Cód. Proc. de Córdoba), con lo que va de suyo que se puede invalidar el acto pericial llevado a cabo sin cumplir ese requisito.

§ 114. **RECONOCIMIENTOS**

Los vicios de los actos de reconocimiento pueden referirse, en particular, a la ausencia de

comunicación de su realización a las partes o a la forma de llevarlos a cabo.

En cuanto a lo primero, existen leyes que específicamente exigen, bajo amenaza de nulidad, que la realización del reconocimiento sea notificada a la defensa, con veinticuatro horas de anticipación por lo menos, pudiendo el defensor asistir al acto desde sus preparativos iniciales (art. 139, párr. 10, Cód. Proc. de Buenos Aires).

Disposiciones como ésta no son uniformes en la legislación, como tampoco lo es la regulación del segundo aspecto, especialmente con relación al *reconocimiento mediante fotografías*. La generalidad de los códigos admiten el procedimiento, aunque restringiéndolo a los casos en que la persona que tiene que ser reconocida “no estuviere presente o no pudiese ser habida”, pero no conminan con nulidad el reconocimiento fotográfico que se efectúe fuera de esas hipótesis (art. 274, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–; art. 277, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 291, Cód. Proc. de Santa Fe), con lo cual podría concluirse en que tales reconocimientos no podrían ser declarados nulos, aunque su valor probatorio resultase relativo. Al contrario, el Código Procesal Penal de Córdoba –ley 8123– (art. 253) amenaza expresamente con nulidad el reconocimiento fotográfico llevado a cabo fuera de los supuestos taxativamente enunciados (“cuando quien deba ser reconocido no estuviere presente y no pudiese ser habido”, “cuando no fuese posible el reconocimiento de persona

por haberse alterado sus rasgos fisonómicos”, “cuando el reconocido no tuviese la obligación de concurrir o no pudiese hacerlo por razones de fuerza mayor, debidamente comprobadas”); la citada norma también invalida el acto cuando en éste no se hubiese observado el procedimiento regulado para practicarlo (exhibición de la fotografía de quien debe ser reconocido, junto con otras varias de distintas personas “de similares características físicas”).

§ 115. *CAREOS*

Aunque el testigo ya ha prestado juramento de declarar, al intervenir en un careo tiene que prestarlo nuevamente, “bajo sanción de nulidad” (art. 280, Cód. Proc. de Córdoba; art. 256, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, y art. 277, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

El Código Procesal Penal de Santa Fe, que también requiere el juramento, en esa hipótesis no especifica la consecuencia de la nulidad si se omitiese (art. 268), pero su declaración procedería por tratarse aquel de una *forma sustancial* (art. 161).

§ 116. *INTERCEPTACIÓN DE CORRESPONDENCIA Y COMUNICACIONES. SECUESTRO*

Aunque los códigos prevén la forma de decreto para la resolución que los disponga (art. 236, Cód. Proc. de Córdoba, y arts. 232 y 234, Cód. Proc. de Santa Fe), algunos exigen que se

trate de *decreto fundado* (arts. 234 y 236, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), pero ni unos ni otros sancionan expresamente con nulidad la omisión del decreto o de su fundamentación. Sin embargo, la prueba obtenida en esos casos por un procedimiento ajeno a las prescripciones de la ley –que se trataría de un procedimiento prohibido– resultaría colectada inválidamente. Esta calificación arranca del reconocimiento de garantías constitucionales, a las cuales vulnera, por lo cual la declaración de nulidad sería procedente (aun de oficio), pese al silencio de la ley.

El Código Procesal Penal de Córdoba –ley 8123– aventa cualquier duda a ese respecto, no sólo porque sus fórmulas consagran expresamente el principio de no ingresar al proceso la prueba obtenida por medios prohibidos, sino porque requiere el decreto fundado *bajo pena de nulidad*, previendo a esta de modo taxativo (arts. 214 y 216).

Lo mismo se puede sostener –aunque en todas las leyes procesales consta una expresa prohibición– con relación al secuestro de “cartas o documentos que se envíen o entreguen a defensores para el desempeño de su cargo” (art. 239, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 237, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–). El Código Procesal de Santa Fe agrega la prohibición de intervenir las comunicaciones “en los mismos casos” (art. 235). También en esta materia, el Código Procesal de Córdoba –ley 8123– (que además se refiere a las *grabaciones*, aunque ellas podrían quedar incluidas como *documentos*, en una in-

telección amplia de éstos), trae la expresa sanción de nulidad en el supuesto de desconocimiento de la prohibición (art. 212). Como los códigos sólo hacen referencia al *secuestro* de dicha documental, se puede plantear la duda si la *interceptación* de la correspondencia —o en su caso de las comunicaciones— del imputado a sus defensores resultaría válida; aunque procesalmente la cuestión no tiene trascendencia decisoria, pues al prohibirse el secuestro la prueba no puede ser ingresada a la causa, no está de más apuntar que la misma interceptación vulneraría la garantía de la defensa en juicio, desconociendo el secreto profesional.

§ 117. **INSPECCIONES Y RECONSTRUCCIONES**

Se requiere que los testigos, peritos o intérpretes que intervengan en actos de inspección o reconstrucción, presten juramento, “bajo pena de nulidad” (art. 223, Cód. Proc. de la Nación —ley 23.984—), aunque algunas leyes se remiten a dicha sanción invocando normas que formulan tal requerimiento en la regulación específica de aquellas categorías (art. 225, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 202, Cód. Proc. de Córdoba —ley 8123—).

§ 118. **REGISTROS Y REQUISAS**

Tanto para la inspección de lugares cuanto para las requisas personales, los códigos requieren que esos actos sean ordenados por el juez

“mediante decreto fundado” (arts. 226 y 231, Cód. Proc. de Córdoba); pero esa reglamentación no es uniforme: el Código Procesal de Santa Fe, por ejemplo, exige decreto fundado para el registro (art. 218), pero no para la requisa (art. 236). El Código Procesal de la Nación –ley 23.984– distingue según se trate de registro o de requisa, para el primero requiere un *auto fundado* (art. 224), para la segunda *decreto fundado* (art. 230). Sin embargo, ninguna de esas leyes sanciona expresamente con nulidad la omisión de aquellos requisitos; en ambas, no estando expresamente prescripta la sanción de nulidad, podrían plantearse dudas en torno a la validez o invalidez del acto, de conformidad con las disposiciones generales (arts. 170 y 166, respectivamente)¹⁸. En el Código Procesal de Santa Fe, al contrario, no se suscitara esa duda: el acto sería inválido por haberse omitido una *forma sustancial* (art. 161).

Tales problemas no se plantean en el Código Procesal de Córdoba –ley 8123–, puesto que sanciona expresamente con nulidad la ausencia de decreto fundado que ordene el registro y la requisa, disposición que reitera para el caso en que el juez delegue en otra autoridad el registro

¹⁸ La Cámara Nacional de Casación Penal –Sala III– resolvió que “no es nula la requisa personal practicada por personal policial si de las actuaciones surge que la inspección tuvo origen en el estado de sospecha razonable y previo que animaba a los preventores, en circunstancias en que resultaba imposible la obtención de orden judicial sin riesgo en la demora” (LL, 1994-E-142, con nota crítica de CARRIÓ, *Requisas*

en cuanto a los requisitos formales de la orden (art. 203).

§ 119. **VALOR DE LA PRUEBA RECIBIDA
EN LA INSTRUCCIÓN**

Veremos luego que la prueba tiene que producirse ante el tribunal del juicio, salvo en hipótesis excepcionales. El principio se encuentra expresamente reconocido en el Código Procesal de Buenos Aires, aunque con algunas particularidades (art. 281, texto según ley 10.358), en cuanto dispone que “las declaraciones y las pruebas recibidas durante el sumario no pueden servir para fundar una sentencia condenatoria”, aunque con ciertas excepciones (prueba rendida en el extranjero o fuera de la Provincia, testigo fallecido o ausente, aceptación de la prueba recibida en el sumario por las partes, testigo que debe declarar por informe, gravemente enfermo o que no puede comparecer, imposibilidad de reproducción de la prueba, confesión del imputado “prestada ante el juez del crimen”, informe pericial *irreproducible*). Fuera de esas excepciones, la sentencia condenatoria sería nula, pero no la absolutoria fundada en las *pruebas del sumario*.

personales, privacidad y atención policial; la Casación habló y los derechos encogieron).

**F) NULIDADES ORIGINADAS EN DEFECTOS
DE LOS ACTOS DEL JUICIO**

**§ 120. ACTOS PRELIMINARES. CITACIONES.
INFLUENCIA SOBRE LOS ACTOS DE INSTRUCCIÓN**

Ambos códigos de Córdoba (arts. 336, anterior, y 361 del Cód. Proc. —ley 8123—) disponen que una vez recibido el proceso, luego de verificar que se han cumplido los requisitos exigidos para el requerimiento de elevación a juicio y del correspondiente auto, “el presidente del tribunal citará, bajo pena de nulidad, al fiscal, a las partes y defensores”. El Código Procesal Penal de la Nación —ley 23.984— (art. 354) trae una norma parecida, pero que no especifica la sanción de nulidad; sin embargo, la ausencia de notificación en forma (según las disposiciones que la reglan particularmente) y la preservación de la garantía constitucional de la defensa en juicio, no deja de imponer la declaración de aquella para toda la secuencia del proceso, en cuanto se trata de una nulidad genérica, declarable de oficio y sólo subsanable por la cosa juzgada.

Un tanto más complejo puede ser resolver lo que atañe al resultado del control que se tiene que ejercer sobre los actos propios de la que comúnmente se denomina etapa intermedia. La legislación cordobesa dispone que si de dicho control surgiere que en ellos no se observaron las formas prescriptas en el requerimiento y

auto de elevación a juicio, el tribunal “declarará de oficio la nulidad de los actos respectivos y devolverá el expediente” a quien llevó a cabo la instrucción (art. 367, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 361, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–). No contiene esta previsión el Código de la Nación –ley 23.984–, con lo que pueden presentarse dudas en torno a cómo tiene que actuar el tribunal en caso que se hayan constatado defectos en dichos actos; en principio parece que no puede, por sí, declarar las nulidades, sino devolver los autos al instructor para que éste, en su caso, las declare (arts. 347 y 351), renovando aquellos o perfeccionándolos en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 161, aunque la doctrina se ha pronunciado en contra de esta solución¹⁹.

Corresponde aclarar que las mismas prescripciones sobre notificación contienen los códigos que admiten el procedimiento de *citación directa*, agregando la obligación de notificar, bajo sanción de nulidad, “las conclusiones del requerimiento fiscal” (p.ej., art. 366, párr. 3º, Cód. Proc. de Córdoba).

§ 121. **PUBLICIDAD Y ORALIDAD DEL DEBATE**

El debate tiene que desarrollarse oralmente y ser público, resultando nulo el que no se lleva

¹⁹ Quizá por la renuencia a admitir que el juez declare la nulidad de sus propios actos, ver BÜSSER - ITURRALDE, *El juicio con debate oral*, p. 16; SOSA ARDITI - FERNÁNDEZ, *Juicio oral en el proceso penal*, p. 13 y siguientes.

a cabo con esas características. El principio de oralidad no sólo importa que las partes tienen que expedirse oralmente ante el tribunal, sin leer *escritos*, y menos suplantar con ellos sus exposiciones, salvo en casos taxativamente determinados para algunas de sus intervenciones, sino también que la prueba tiene que producirse oralmente ante el tribunal (respetando el principio de inmediación), sin poder ser suplantada por la lectura de la colectada en la instrucción, sin perjuicio de excepciones previstas.

El de publicidad implica que la sala de audiencia tiene que estar abierta al público, liberando su acceso dentro de los límites determinados por la misma ley, aunque el tribunal podrá disponer, “aun de oficio, que (el debate) se realice total o parcialmente a puertas cerradas, cuando la publicidad afecte la moral o la seguridad pública”, mediante resolución fundada que “se hará constar en el acta y será irrecurrible”; habiendo desaparecido la causa de la clausura, “se deberá permitir el acceso al público” (art. 376, Cód. Proc. de Córdoba; art. 372, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–; art. 363, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y art. 455, párrs. 1º a 3º, Cód. Proc. de Santa Fe).

§ 122. **LECTURAS PROHIBIDAS, ADMITIDAS Y ORDENADAS**

Del principio de oralidad que asegura la inmediación de los jueces que componen el tribunal de juicio, surge que la prueba testifical tiene

que ser producida ante ellos en la audiencia, sin poder *ser suplida* (art. 363, Cód. Proc. de la Nación -ley 23.984-), por la lectura de las actas de la recibida en la instrucción, salvo en los siguientes casos: cuando el testigo citado no compareció y el fiscal y las partes presten su conformidad para la lectura de las actas respectivas, cuando la lectura es necesaria para mostrar las contradicciones en las que incurre el testigo o la variación de su versión con las que anteriormente proporcionó o sea necesario *ayudar su memoria*, cuando el testigo no pueda declarar en la audiencia o no va a comparecer a ella (fallecimiento, ausencia, residencia desconocida, inhabilidad), cuando se trate de testigo que hubiese declarado por medio de exhorto o informe. Fuera de estas hipótesis, la lectura *en suplencia* de la exposición oral es motivo de nulidad del testimonio que, en casos extremos, puede extenderse a la nulidad del debate (art. 391, Cód. Proc. de la Nación -ley 23.984-; art. 401, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 397, Cód. Proc. de Córdoba -ley 8123-).

La generalidad de las leyes procesales autorizan al tribunal a ordenar, *aun de oficio*, ciertas lecturas (denuncia, informes técnicos, declaraciones prestadas por coimputados que ya han sido juzgados o se encuentran prófugos, actas de otros procesos o del mismo proceso que se está desarrollando cuando ellas no documenten declaraciones testificales), entre las que se incluyen las constancias de inspecciones, registro domiciliario, requisa personal y secuestro. Sin

embargo, respecto de estos últimos actos las soluciones no son uniformes: el Código Procesal de Córdoba se refiere a ellos únicamente si se tratasen de actos de la policía judicial, agregando que si sus funcionarios “hubieran sido citados como testigos..., la lectura sólo podrá efectuarse, bajo pena de nulidad” en los casos expresamente autorizados por la ley (art. 402), según lo expuesto en el párrafo anterior. Esta última disposición resulta superflua y puede aparecer como conflictiva; superflua pues no se trata más que de una repetición de la norma que impone la oralidad de las testimoniales, conflictiva ya que una interpretación estricta amenaza con restringir la posibilidad de lectura de las actas respectivas a la de los actos practicados por la autoridad policial excluyendo los realizados por el juez o el fiscal instructor, por lo que su eliminación en otros elencos es una opción correcta (art. 392, párr. 2º, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y art. 398, inc. 4º, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–). Otra diferencia es que el Código Procesal de Córdoba –ley 8123– elimina la autorización al tribunal a proceder *de oficio*; únicamente admite la lectura de esas actas *a pedido de parte*, con lo cual, si dicho pedido no media, el acto será nulo en los límites expuestos precedentemente.

§ 123. *NULIDAD DE LA INVESTIGACIÓN SUPLEMENTARIA*

Antes de la realización del debate, el tribunal (o su presidente) puede disponer una ins-

trucción suplementaria con relación a actos de instrucción indispensables que se hubiesen omitido en el transcurso de la etapa correspondiente, desde luego con noticia a las partes (art. 370, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 357, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), pero comúnmente los códigos no prevén la sanción de nulidad de manera expresa para el supuesto de omisión de esa noticia (sólo lo hace el Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123– en su art. 388, párr. 3º); sin embargo, como ella es medida ineludible para garantizar la defensa en juicio, también lo es la consecuencia de la nulidad en aquella hipótesis, encuadrándose como genérica, declarable de oficio y sólo subsanable por la cosa juzgada.

§ 124. **SUSPENSIÓN DEL DEBATE Y REANUDACIÓN**

La continuidad del debate sin solución es requisito indispensable para asegurar los resultados que persiguen los principios de oralidad e inmediatez. Pero existen supuestos en los que, inexorablemente, el debate tiene que ser suspendido, enunciados por las normas procesales (art. 365, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–; art. 378, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 374, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–). Desde luego que no puede tratarse de una suspensión *sine die* y las leyes establecen términos para ella (diez días, los códigos de Córdoba y de la Nación –ley 23.984–; quince días, el Código Procesal de Córdoba –ley 8123–). Cuando la sus-

pensión supera esos términos, el debate tendrá que ser reproducido, “deberá realizarse de nuevo”; en caso contrario, el que se desarrolló resultará nulo (códigos y artículos citados).

En este supuesto, ¿existe un plazo para la iniciación de la reproducción del debate? Algunas leyes no lo establecen (art. 365, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y art. 455, párr. 4º, Cód. Proc. de Santa Fe); al contrario, la línea de los códigos cordobeses dispone que dicha reproducción tiene que hacerse dentro de los sesenta días (artículos citados), pero siendo dudoso que se trate éste de un término *fatal*, según la calificación de dichas leyes (art. 167, según ley 7690, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 182, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–), también es dudosa la consecuencia de la nulidad por su incumplimiento, salvo que a ésta se la considere aplicable tras la interpretación de principios generales.

§ 125. **NULIDAD EN CASO DE AMPLIACIÓN DEL REQUERIMIENTO FISCAL**

Se admite que el fiscal puede ampliar la acusación formulada en el requerimiento de elevación a juicio en dos hipótesis: si de la *investigación* o en el transcurso del debate surgiese un hecho integrativo de continuación del delito que –como delito continuado– atribuyó al imputado o una circunstancia agravante de éste que no fueron mencionados en el requerimiento. Entonces, el fiscal puede ampliarlo con relación a ellos (art. 393, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 388, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–).

Si bien es comprensible que esa ampliación procede cuando el hecho constitutivo de continuación o la circunstancia agravante aparecen revelados durante el curso del debate, no es del todo justificado que se admita la procedencia de la ampliación cuando ellos aparecieron en la *investigación* instructoria. La misma ley los califica de *hechos nuevos* y la finalidad de la norma es poner a cubierto al fiscal y a la defensa sobre circunstancias (adosadas al hecho objeto del requerimiento) que aparecen como novedad en el debate, pero no puede calificarse como *hecho nuevo* el que ya estaba contenido en la instrucción; admitir la ampliación en esos casos resultaría un modo de concederle al fiscal una oportunidad para corregir su olvido, de alguna manera superflua, porque el tribunal, respetando el principio de congruencia, se encuentra atado por los *hechos* expuestos en la requisitoria, pero no por las calificaciones asignadas a ellos. Desde este punto de vista se presenta como más correcta la disposición del Código Procesal de la Nación –ley 23.984– al estatuir: “Si de las declaraciones del imputado o del debate surgieren hechos que integren el delito continuado atribuido, o circunstancias agravantes de calificación no contenidos en el requerimiento fiscal o en el auto de remisión, pero vinculados al delito que los motiva, el fiscal podrá ampliar la acusación” (art. 381, párr. 1º)²⁰.

²⁰ El art. 381 se refiere a “las declaraciones del imputado en el debate”, por lo que “resulta ineficaz acudir a pruebas de

Pero lo que aquí interesa es que, cuando procede la ampliación, las nuevas circunstancias deben ser comunicadas al imputado, éste ser indagado sobre ellas por el tribunal de juicio, informándose al defensor que tiene derecho a pedir la suspensión del debate “para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa”, bajo sanción de nulidad en caso de omisión de cualquiera de esos requisitos. La indicada suspensión será dispuesta “por un tiempo prudencial”, aunque, desde luego, observando los límites establecidos para ella por las normas específicas sobre suspensión a la cual nos hemos referido precedentemente (códigos y artículos citados).

§ 126. **NULIDAD DEL DEBATE POR FALTA DE DOCUMENTACIÓN**

El secretario tiene que documentar el debate en un acta cuyo contenido regula específicamen-

la instrucción a las que se pretendiera asignar distinto mérito del otorgado por el requerimiento” (D’ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, p. 385). Por lo que no parece adecuada la cita de la obra de NÚÑEZ que se refiere al Código de Córdoba, que trae el comentario de DONNA - MAIZA, *Código Procesal Penal*, p. 435. BÜSSER - ITURRALDE, *El juicio con debate oral*, p. 87, aclaran, asimismo, que las “declaraciones del imputado” son las producidas en la audiencia de debate, sin embargo incluyen las de la instrucción pero restringiéndolas al interrogatorio de identificación (art. 297). Sobre el tema, en la doctrina, también SOSA ARDITI - FERNÁNDEZ, *Juicio oral en el proceso penal*, p. 96 y siguientes. El Tribunal Oral N° 23 de la Capital Federal (sent. 12/12/94) trae una intelección amplia del art. 381, considerando circunstancias ya radicadas en las pruebas de la instrucción.

te la ley. Ésta es exigida “bajo pena de nulidad”, sin embargo se margina de esta consecuencia la *falta* o *insuficiencia* de las enunciaciones que componen aquel contenido, salvo que, respecto de alguna de ellas, la sanción *sea expresamente establecida por la ley* (art. 394, Cód. Proc. de la Nación —ley 23.984—, y art. 407, Cód. Proc. de Córdoba)²¹.

Esta distinción no la formula el Código Procesal de Córdoba —ley 8123—, cuyo art. 403 se limita disponer que el acta del debate “deberá contener, bajo pena de nulidad” determinadas enunciaciones, con lo cual cualquier falta o insuficiencia de ellas puede constituir —en principio— un vicio nulificador.

²¹ De esta normatividad se deduce que son dos circunstancias distintas las que tiene en cuenta la ley con referencia a la nulidad: la ausencia de acta y la falta o insuficiencia de las enunciaciones requeridas para ella. La doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre el carácter de la nulidad que acarrea la ausencia del acta: para algunos se trata de una nulidad no declarable de oficio y, por ende, subsanable (BÜSSER - ITURRALDE, *El juicio con debate oral*, p. 117). Es también lo que sostiene D'ALBORA (*Código Procesal Penal de la Nación*, p. 399), aunque en realidad él no se está refiriendo a la ausencia total de acta, sino a las omisiones de la que fue labrada, aclarando, en ese sentido, que algunas de ellas acarrearán nulidad “absoluta” (p. 400 y siguientes). Al contrario, SOSA ARDITI - FERNÁNDEZ (*Juicio oral en el proceso penal*, p. 137) sostienen que la ausencia de acta produce nulidad *absoluta*, pues sin ella la sentencia carece de sustento legal; pero en el examen de las eventuales omisiones o defectos indican —como lo hace D'ALBORA— que algunos originan nulidades *absolutas* y otros *relativas*, según las remisiones que correspondan (*Código Procesal Penal de la Nación*, p. 138 y siguientes).

G) NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES

§ 127. **REQUISITOS FORMALES**

Las exigencias no son las mismas para todas las especies de resoluciones: las sentencias y los autos tienen que ser suscriptos por el juez o por todos los jueces que componen el tribunal; los decretos por el juez o por el presidente del tribunal (o quien haga sus veces, como el denominado *juez de trámite* en algunos sistemas) (art. 124, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–). Algunos códigos requieren que todas las resoluciones sean también firmadas por el secretario (art. 131, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 143, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–). La falta de algunas de las firmas dispuestas por la ley se constituye en vicio nulificador del acto (códigos y artículos citados), aunque se prevea como excepción el caso de falta de firma de alguno de los integrantes del tribunal de juicio, cuando ello obedezca a que “no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación”, circunstancia que se *hará constar*, siendo entonces válida la sentencia *sin esa firma* (art. 412, inc. 5º, Cód. Proc. de Córdoba; art. 408, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, y art. 399, párr. 2º, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

El Código Procesal de Buenos Aires, regulando la forma y el contenido necesario de la sentencia y de los autos interlocutorios “que decidan artículos o causen gravamen irrepara-

ble” (forma ésta de expresarse que puede suscitar dudas; arts. 263 y 264), indica su inobservancia como vicio nulificador, siendo que, entonces, la nulidad de las resoluciones “podrá declararse de oficio” (art. 266).

El Código Procesal de Córdoba –ley 8123–, respondiendo a su particular sistema de instrucción a cargo del fiscal, dispone que las resoluciones que éste dicte “serán dadas por decreto, el cual será fundado cuando esta forma sea especialmente prescripta, bajo sanción de nulidad”, fuera de que “la falta de firma, producirá la nulidad de los requerimientos y resoluciones” de aquél (art. 154, párr. 2º y 3º).

§ 128. **FUNDAMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN GENERAL**

Comúnmente los códigos disponen que las sentencias y los autos tienen que ser fundamentados (*motivados* dicen algunas leyes) en todos los casos, no así los decretos que sólo deberán serlo cuando la ley expresamente lo imponga (p.ej., el decreto que restringe la asistencia del público a la audiencia del debate; el rechazo de la prueba *impertinente* o *sobreabundante*, como regula el art. 387, Cód. Proc. de Santa Fe, etcétera). Serán pues nulas las sentencias, el auto o el decreto que requiriendo fundamentación, la omitan (art. 130, Cód. Proc. de Córdoba; art. 142, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–; art. 123, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y art. 127, Cód. Proc. de Santa Fe).

§ 129. FUNDAMENTACIÓN DE LOS AUTOS

Las leyes se refieren a determinados autos requiriéndole enunciaciones cuya omisión produce su nulidad.

Así ocurre con el auto de procesamiento que debe contener los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo, la enunciación resumida (*sintética, sucinta*) de los hechos que se imputan, los fundamentos (argumentales y de estimación de la prueba) de la imputación, la calificación legal del o de los delitos (“con citas de las disposiciones legales aplicables”, art. 326, Cód. Proc. de Santa Fe), a lo que algunos códigos agregan “la parte resolutive” (art. 306, Cód. Proc. Córdoba, y art. 308, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), lo cual, por su obviedad, puede hacer pensar más bien en una hipótesis de inexistencia, en caso de faltar.

También se amenaza con nulidad el auto de elevación a juicio cuando no contenga la fecha, los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo, la mención del actor civil y del civilmente demandado, una relación “clara, precisa, circunstanciada y específica” del o de los hechos y su calificación (art. 361, Cód. Proc. de Córdoba). El Código Procesal de la Nación –ley 23.984– agrega a esas enunciaciones “la parte dispositiva” y la relación de “cómo ha quedado trabada la litis en las demandas, reconvencciones y sus contestaciones” (art. 351), llamando la atención que no haya incluido la mención del querellante.

§ 130. NULIDAD DE LA SENTENCIA

En los sistemas con juicio oral, la nulidad de la sentencia puede obedecer: a) a defectos en la deliberación del tribunal; b) a defectos en el contenido; c) a defectos en la comunicación a las partes, y d) a defectos de registración.

a) Las exigencias para la deliberación del tribunal son: constitución de éste a tal efecto en forma inmediata a la terminación del debate, secreto y continuidad de la deliberación. Los dos primeros requisitos están contemplados bajo expresa sanción de nulidad que comprende la inobservancia de ambos: "Terminado el debate, los jueces que hayan intervenido en él pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir el secretario, bajo pena de nulidad" (art. 396, Cód. Proc. de la Nación -ley 23.894-). La construcción gramatical de los códigos cordobeses (art. 409, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 405, Cód. Proc. de Córdoba -ley 8123-) permitirían plantear algunas dudas sobre si la nulidad atañe exclusivamente a la inmediatez de la deliberación respecto de la finalización del debate o abarca, asimismo, su secreto; sin embargo, la extensión o la inobservancia de este último parece obvia.

También la construcción gramatical sobre la presencia del secretario en la deliberación (p.ej., en el Código Procesal de la Nación -ley 23.984-) indicaría su carácter facultativo (*podrá*). Algunos autores afirman, no obstante, que esa presencia es imprescindible, "ya que dicho fun-

cionario judicial cumple la actividad fedataria”²²; sin embargo, la cuestión no es del todo clara: la deliberación, en sí, desde el punto de vista de su mecánica, no necesita la presencia del secretario; los jueces pueden documentar por sí mismos la decisión y, en todo caso, la función de fedatario la cumpliría el secretario dando fe que el documento ha sido firmado en su presencia por los integrantes del tribunal. Esto parece no ser así cuando la ley sólo requiere la firma de los jueces en el documento expresivo de la decisión (art. 412, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 403, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–), pero no cuando requiere la firma del secretario en dicho documento (art. 399, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

La deliberación –y por tanto la sentencia– es nula si carece de continuidad. Los códigos cordobeses hacen expresa referencia a esta causal de invalidez, aunque prevén hipótesis de suspensión de la deliberación por causas de fuerza mayor o enfermedad de los jueces, suspensión que no podrá exceder los límites fijados para la del debate (art. 409, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 405, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–). El Código Procesal de la Nación –ley 23.984– no trae previsión en este último sentido por lo que, si no se aplica analógicamente el art. 365 (lo cual no deja de ser dudoso) aparentemente, dándose los casos de suspensión de la delibera-

²² EDWARDS, *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación*, p. 324.

ción, su mayor extensión podría no resultar un vicio invalidante.

b) Los códigos enuncian circunstanciadamente los contenidos necesarios de la sentencia (art. 412, Cód. Proc. de Córdoba; art. 408, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, y art. 399, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), pero la sanción de nulidad no queda genéricamente referida a la ausencia de ellos; aquélla se regula en normas específicas que prevén los vicios invalidantes: insuficiente individualización del imputado (art. 404, inc. 1º, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–; art. 417, inc. 1º, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 413, inc. 1º, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–); falta de fundamentación o contradicción en la proporcionada (art. 404, inc. 2º, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–); en este aspecto, los códigos cordobeses hacen mención de la falta o contradicción en la fundamentación de *la mayoría* (lo cual es lógico), agregando –como particular defecto de fundamentación– que “no se hubieren observado en ella las reglas de la sana crítica racional, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo” (art. 417, inc. 4º, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 413, inc. 4º, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–) defecto que, de cualquier modo, puede quedar comprendido dentro de la enunciación más general de *falta de fundamentación*; falta de enunciación de los hechos imputados (art. 404, inc. 3º, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–), fórmula que no deja de acusar cierta vaguedad, al no determinar si se refiere a la imputación de los hechos que fue-

ron objeto de la acusación o a los hechos que el tribunal tiene por acreditados, los que distinguen (abarcando ambas categorías) fórmulas más precisas (art. 417, inc. 2º, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 413, inc. 2º, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–); ausencia o incompletividad, en sus elementos esenciales, de la parte resolutive (art. 404, inc. 4º, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–; art. 417, inc. 5º, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 413, inc. 5º, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–); falta de fecha o de las firmas requeridas, salvo en los supuestos en que la ley contempla como válido el acto dándose esta última circunstancia (art. 404, inc. 5º, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–; art. 417, inc. 6º, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 413, inc. 6º, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–); cuando la sentencia se funda en elementos probatorios –decisivos para ella– que no fueron incorporados legalmente al debate (art. 417, inc. 3º, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 413, inc. 3º, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–). El Código Procesal de la Nación –ley 23.984– no hace referencia a esta última circunstancia; sin embargo, ella puede también quedar comprendida en la de *falta de fundamentación*.

El Código Procesal de Santa Fe, en su art. 402 (incluido en la regulación del juicio escrito, pero aplicable al oral, art. 478), dispone sobre el contenido necesario de la sentencia, pero sin sancionar expresamente con nulidad sus omisiones o deficiencias. Sin embargo, la jurisprudencia, haciendo notar que aquella norma constituye la reglamentación de la disposi-

ción constitucional de la Provincia que exige fundamentación de los autos y sentencias, considera dichas omisiones o defectos como vicios que originan nulidad declarable de oficio.

c) Una vez redactada la sentencia y completada con las firmas requeridas, su *notificación* se realiza por medio de un acto de forma particular: se tiene que convocar a las partes y darle lectura ante las que asistan, en la sala de audiencia, constituyendo la falta de esa lectura un vicio productor de nulidad (art. 413, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 409, Cód. Proc. de Córdoba -ley 8123-).

No todos los códigos disponen taxativamente quién tiene que proceder a dar dicha lectura (p.ej., art. 477, párr. 3º, Cód. Proc. de Santa Fe). Algunos disponen que la lleve a cabo el secretario (art. 409, Cód. Proc. de Córdoba -ley 8123-). El Código Procesal de la Nación -ley 23.984-, designa al presidente del tribunal (art. 400); atendiendo a la redacción de la respectiva norma se concluye en que dicho magistrado no puede ser reemplazado en la lectura por funcionarios del organismo, sin perjuicio que pueda delegarla en otros magistrados que integran aquel, en determinados casos (p.ej., imposibilidad física).

Queda claro que el objetivo de esta regulación es impedir que la lectura pueda ser reemplazada por la toma de conocimiento directo del respectivo documento por las partes, lo que es una afirmación del principio de publicidad. Éste requiere, además, que la lectura de la sen-

tencia sea realizada, en un mismo acto, de modo completo.

Pero en ciertas circunstancias (complejidad de la causa, hora avanzada, etc.), la ley autoriza a leer exclusivamente la parte resolutive de la sentencia (*veredicto*) una vez concluida la deliberación, fijándose, en ese caso, una nueva audiencia para la *lectura integral*, la que tiene que llevarse a cabo en un plazo determinado (cinco o siete días, luego de cerrado el debate, según distintas leyes), “bajo sanción de nulidad” (art. 400, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–; art. 413, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 409, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–). Normalmente en el proceso correccional, en estos supuestos, la parte resolutive no se adelanta; se difiere la lectura completa para una “audiencia pública que se fijará dentro de un plazo no mayor de tres días” (art. 409, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

Este último criterio es preferido por algunos códigos para evitar los conflictos que pueden derivarse del adelantamiento del *veredicto* cuando la fundamentación no está definitivamente redactada. “Si en el acto de la deliberación –dice el art. 477, párr. 2º, Cód. Proc. de Santa Fe– se estimare conveniente diferir el pronunciamiento, la sentencia se dictará dentro de los seis días posteriores”. En esta línea se en-columna el nuevo Código Procesal de San Juan –ley 6140– que excepcionalmente –no como pura opción del tribunal– autoriza a diferir la lectura por un plazo no mayor de cinco días (art. 378).

d) En cuanto a la registraci3n del documento en el cual consta la sentencia no existe uniformidad en las leyes.

El C3digo Procesal de la Naci3n –ley 23.984–, en su art. 400, dispone que “el original se agregar3 al expediente”, pero no amenaza expresamente con nulidad si ello no se cumple.

Al contrario, el C3digo Procesal de C3rdoba dispone que aquel sea protocolizado en su original y su copia agregada al expediente, “bajo pena de nulidad” (art. 413), regla que tambi3n ha seguido la ley 8123 (art. 409).

H) DECLARACI3N DE NULIDAD EN LA FAZ RECURSIVA

§ 131. *EL RECURSO DE NULIDAD*

La regulaci3n aut3noma del recurso de nulidad ha cedido en los elencos legislativos, consider3ndosele *impl3cito* en el de apelaci3n (art. 420, C3d. Proc. de Santa Fe).

Se mantiene de aquel modo en el C3digo Procesal de Buenos Aires (art. 305 y ss.), que contiene algunas reglas muy particulares, como es la de la posibilidad de abrir la causa a prueba en la alzada cuando el tribunal haya declarado la nulidad de las diligencias de prueba “de primera instancia”, seg3n la disposici3n del art. 307 (art. 337).

§ 132. **NULIDAD DE RECURSOS ESPECIALES
EN LA CONSULTA DEL CÓDIGO PROCESAL
PENAL DE BUENOS AIRES**

En la *consulta*, el Código Procesal de Buenos Aires consagra expresamente la prohibición de la *reformatio in peius*, disponiendo que esta prohibición “no puede violarse declarando la nulidad del fallo” (art. 314, texto según ley 10.358), vale decir la nulidad no puede ser declarada cuando conduciría a agravar la situación del imputado con respecto a la resolución venida *en consulta*.

El mismo cuerpo legal regula un recurso de *inaplicabilidad de la ley* (que se aproxima al esquema de la casación) y uno de inconstitucionalidad. En ambos se puede declarar la nulidad de lo actuado en el juicio oral, remitiendo entonces la nueva realización del juicio a otro tribunal (arts. 365 y 366).

Este recurso de inconstitucionalidad también se encuentra previsto en la legislación procesal más actualizada (art. 505, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 485, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–), pero como recurso *de fondo* en el que el tribunal puede confirmar o revocar la resolución recurrida (art. 475, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

²³ Sobre la cuestión, CNCasación Penal, Sala III, 11/2/93, “Doctrina Judicial”, 12/1/94, p. 40.

§ 133. **NULIDAD POR CASACIÓN**

Pero, en la nueva legislación procesal penal argentina, es el recurso de casación la vía para obtener la anulación de actos del proceso ante un tribunal de alzada. Este es, precisamente, uno de los motivos de dicho recurso, que se prevé para los casos de violación de las normas procesales dispuestas bajo expresa sanción de nulidad, siempre y cuando el interesado hubiese hecho oportunamente reserva de recurrir en casación²³ o demandado la subsanación de la nulidad, salvo en los casos de nulidades generales donde tales reservas no son necesarias (art. 490, inc. 2º, Cód. Proc. de Córdoba; art. 468, inc. 2º, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–, y art. 456, inc. 2º, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–).

En cuanto a su extensión, la declaración de nulidad puede reducirse a la resolución recurrida, aun a parte de ella, o, dada la naturaleza del juicio oral, abarcar todo el debate sobre el cual se hubiese basado la sentencia. Cuando se pronuncie una nulidad parcial, el tribunal de casación tiene que especificar cuál es la parte de ella que ha quedado firme.

Sin perjuicio de ello desde luego que la nulidad puede extenderse a otros actos del proceso (art. 502, Cód. Proc. de Córdoba). En cuanto a esta cuestión, el nuevo Código Procesal de Córdoba –ley 8123– se remite a la parte general sobre nulidad (arts. 480 y 490). El Código Procesal de la Nación –ley 23.984– se limita a disponer la posibilidad de anulación (art. 471).

Los códigos excluyen de la anulación los errores de derecho que se inserten en la fundamentación de las resoluciones, aunque ellos tienen que ser corregidos por el tribunal. La misma previsión se trae para los errores materiales en la designación o cómputo de la pena (art. 503, Cód. Proc. de Córdoba; art. 481, Cód. Proc. de Córdoba —ley 8123—, y art. 472, Cód. Proc. de la Nación —ley 23.984—). En cuanto a los errores de derecho que pueden ser corregidos, se trata de los que no estén relacionados con la observancia de normas procesales prescriptas bajo sanción de nulidad; no están comprendidos tampoco los errores que hubieren influido decisivamente en la resolución impugnada.

Declarándose la nulidad, el proceso tiene que ser remitido a otro tribunal para que sustancie nuevamente el juicio (art. 502, Cód. Proc. de Córdoba, y art. 471, Cód. Proc. de la Nación —ley 23.984—).

§ 134. NULIDAD EN LA SENTENCIA DE REVISIÓN

En el procedimiento de revisión de la sentencia, las leyes procesales otorgan al tribunal la posibilidad de anularla y, en ese caso, optar por dictar la que corresponde o remitir la causa a nuevo juicio (art. 517, Cód. Proc. de Córdoba; art. 495, Cód. Proc. de Córdoba —ley 8123—; art. 485, Cód. Proc. de la Nación —ley 23.984—, y art. 494, Cód. Proc. de Santa Fe). El Código Procesal de Buenos Aires especifica que la remisión a una nueva “instrucción de la causa” se

da en las hipótesis de prueba falsa o fraudulenta (arts. 315 y 318).

I) NULIDAD EN LAS EXCEPCIONES

§ 135. *EXCEPCIONES DILATORIAS*

Al hacerse lugar a una excepción dilatoria, puesto que existe la posibilidad que el proceso continúe una vez removido el obstáculo que constituye la excepción, es lógico que la ley prevea que en la resolución se declaren las nulidades que responden a los vicios registrados antes de dicho pronunciamiento (art. 353, Cód. Proc. de Córdoba; art. 23, Cód. Proc. de Córdoba –ley 8123–; art. 344, Cód. Proc. de la Nación –ley 23.984–, y art. 363, párr. 3º, Cód. Proc. de Santa Fe).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁBALOS, RAÚL W., *Código Procesal Penal de Mendoza. Anotado*, Mendoza, Morcos-Palet, 1982.
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Presupuestos de la nulidad procesal*, LL, 1986-C-885.
- BERIZONCE, ROBERTO O., *La nulidad en el proceso*, La Plata, Platense, 1967.
- BERNALDO DE QUIRÓS, CARLOS M. - RODRÍGUEZ, GERARDO W., *Nulidades en el proceso penal*, Mendoza, Cuyo, 1982.
- BÜSSER, ROBERTO A. - ITURRALDE, NORBERTO J., *El juicio con debate oral. Código Procesal Penal de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Los frutos del árbol envenenado (la prueba obtenida por quebrantamiento constitucional)*, en "Doctrina Penal", 1987-491.
- CARLOS, EDUARDO B., *Nulidades procesales*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XX, p. 538 y siguientes.
- CARRIÓ, ALEJANDRO, *Requisas personales, privacidad y actuación policial (La Casación habló y los derechos encogieron)*, LL, 1994-E-143.
- CASTEJÓN, FERNANDO F., *Nulidad de la declaración indagatoria (omisión de la entrevista previa del imputado con el defensor)*, LL, 1994-A-24.
- CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal*, Bs. As., Depalma, 1983.
- *Derecho procesal penal*, Córdoba, Lerner, 1984.
- *Tratado de derecho procesal penal*, Bs. As., Ediar, 1966.
- COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1978.

- D'ALBORA, FRANCISCO J., *Código Procesal Penal de la Nación. Ley 23.984*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993.
- *Curso de derecho procesal penal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987.
- DENTI, VITTORIO, *Note sui vizi della volontà degli atti processuale civili*, Pavia, 1959.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Derecho procesal civil*, Madrid, Aguilar, 1966.
- DONNA, EDGARDO A. - MAIZA, MARÍA C., *Código Procesal Penal de la Nación y disposiciones complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1994.
- EDWARDS, CARLOS E., *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1994.
- GARCÍA, ALICIA, *La revisión de la cosa juzgada fraudulenta*, en "Estudios de nulidades procesales", Bs. As., Hammurabi, 1980.
- GHIARA, ALDO, *Inamisibilità*, en "Novissimo Digesto Italiano", vol. VIII, p. 479.
- HITTERS, JUAN C., *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata, Platense, 1977.
- IMAZ, ESTEBAN, *Teoría del acto inexistente*, LL, 89-893.
- ITURRALDE, NORBERTO J. - BÜSSER, ROBERTO - CHIAPPINI, JULIO O., *Código Procesal Penal de Santa Fe. Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1987.
- LASCANO, DAVID, *Nulidades en el procedimiento*, Bs. As., Lajouane, 1920.
- LEONE, GIOVANNI, *Tratado de derecho procesal penal*, tr. S. Sentís Melendo, Bs. As., Ejea, 1963.
- MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal argentino. Fundamentos*, Bs. As., Hammurabi, 1989.
- *Función normativa de la nulidad*, Bs. As., Depalma, 1980.
- MANCINELLI, ROBERTO, *Inesistenza degli atti processuali penali*, en "Novissimo Digesto Italiano", vol. VIII, p. 638.
- *Nullità degli atti processuali penali*, en "Novissimo Digesto Italiano", vol. XI, p. 487.
- MAURINO, ALBERTO L., *Nulidades procesales*, Bs. As., Astrea, 1985.
- MENVIELLE, BERNADETTE, *Allanamiento ilegal; violación del derecho a la intimidad y de las garantías del debido proceso*, en "Doctrina Penal", 1987-295.

- *La prueba ilícita en el proceso penal*, Córdoba, Lerner, 1987.
- NIEVA, ODILON R., ponencia en X Congreso Nacional de Derecho Procesal, Salta, 1979.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Anotado*, Córdoba-Bs. As., Lerner, 1978.
- PALACIO, LINO E., *Derecho procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1979.
- *Manual de derecho procesal civil*, 7ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987.
- PETROCELLI, BIAGIO, *Saggi di diritto penali*, Padova, Cedam, 1952.
- PIGA, ENRICO, *Nullità degli atti di procedura*, en "Nuovo Digesto Italiano", p. 1166.
- REDENTI, ENRICO, *Derecho procesal civil*, tr. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Bs. As., Ejea, 1957.
- RODRÍGUEZ, LUIS A., *Nulidades procesales*, 2ª ed., Bs. As., Universidad, 1994.
- RUBIANES, CARLOS J., *Manual de derecho procesal penal*, Bs. As., Depalma, 1977.
- SALAS VIVALDI, JULIO E., *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil y penal*, 5ª ed., Santiago (Chile), Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- SOSA ARDITI, ENRIQUE A. - FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Juicio oral en el proceso penal*, Bs. As., Astrea, 1994.
- TORRES, SERGIO G., *Nulidades en el proceso penal*, 2ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 1993.
- VÁZQUEZ ROSSI, JORGE E., *Curso de derecho procesal penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1985.
- *La defensa penal*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1208, y fue impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Capital Federal, en la primera quincena de abril de 1995.