

P R E F A C I O

Comparto plenamente las expresiones de Nelson Pessoa en el sentido de que “Siempre he pensado que no tiene sentido escribir para repetir cosas ya dichas, salvo alguna excepción posible –como puede ser un Manual–, dada la finalidad docente de este tipo de obra, aunque también ello es discutible (para que reiterar lo ya dicho en obras similares).¹

Esta obra tratará de abarcar algunos aspectos principales –sin que sea demasiado detallista y profunda como quisiera el autor – no obstante enfocará los temas neurálgicos de las nulidades procesales en materia penal, fruto de mis experiencias como Actuario Judicial por más de 15 años y de la Fiscalía actualmente, para poder dar luz y presentar algunas sugerencias sobre este importante tema, que suele ser el “pan caliente de todos los procesos” ya que es imposible encontrar –y a veces es rarísimo que no se utilice este “recurso” – en las acciones penales.

Igualmente, al final de la obra encontrarán abundante jurisprudencia nacional al respecto, dictadas tanto por la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal en lo Penal de la República al resolver los distintos casos sometidos a su jurisdicción.

Esta obra abarcará dos partes, en el primer capítulo se desarrollará la parte doctrinaria y en el segundo capítulo, se presentarán casos prácticos de las nulidades procesales en materia penal.

El presente trabajo, pues, ha sido hecho con el afán de contribuir en el debate de esta institución procesal, y si este esfuerzo resultara útil a los estudiantes y profesionales e incentivara su estudio, este modesto trabajo ya lograría su propósito.

Por otro lado, suplico al público lector no vea en esta obra una pretensión de mi parte de presentarme como autor de un nuevo libro sobre la

¹ PESSOA, Nelson R. La nulidad en el proceso Penal. Editora MAVE, pág.11

materia, sino un simple dictado de esta disciplina, formado con los extractos sacados de los autores consultados y con los resúmenes de mis clases, para ayudar a los estudiantes a rendir el examen de rito, cuya bibliografía se encuentra al final de la obra.

Abogo para que se realicen nuevas y prolijas investigaciones sobre las nulidades procesales y así contribuir al debate nacional y contribuir a la bibliografía jurídica.

EL AUTOR

CAPITULO 1: “ASPECTOS GENERALES DE LAS NULIDADES PROCESALES”

- **Introducción**

La finalidad del presente capítulo es intentar un análisis del régimen de nulidades establecido en el Código Procesal Penal, a través del funcionamiento de sus distintos institutos.²

Cuando un acto procesal contiene los requisitos establecidos en la ley, puede decirse que se trata de un acto perfecto, es decir, desprovisto de todo vicio y, por tanto, plenamente productor de efectos jurídicos; en cambio, cuando se abandona esta observancia integral de las formalidades legales, se ingresa en un campo progresivo de imperfecciones que pueden asumir una relevancia mínima, como en el caso de la denominada mera irregularidad, hasta una máxima, la inexistencia; a su vez, entre los dos extremos en distinta escala se encuentran la caducidad la inadmisibilidad y las nulidades relativas y las absolutas.³

² Jiménez Asenjo, E. en su obra Derecho Procesal Penal, Revista de Derecho Privado, Madrid, Tomo I, pág. 339, bajo el título “Ventajas del nuevo sistema”, dice: “Al estudiar la evolución histórica de las nulidades (capítulo XIII) se vio que el Derecho romano se caracterizaba por su extremo formalismo por el que cualquier inobservancia a las formas establecidas producía la invalidación de la actividad procesal sin que importara la entidad del defecto (en este régimen se llegó al límite en que la omisión de una palabra, de una sílaba o el empleo de una palabra por otra, acarreaba la nulidad del acto). Este, sistema luego trascendió a los germanos, quienes incluso acentuaron esta tendencia: pronunciar la sentencia sentado y no de pie producía su nulidad. El tiempo fue morigerando este estricto sistema para llegar, luego de la Revolución Francesa, a la consagración del sistema legalista que fuera aceptado por distintas legislaciones del orbe. Este régimen ha ido perfeccionándose a partir de la consideración de otros aspectos del acto, tales como la eficacia probatoria al orientarse a la consideración del destino concreto de la actividad reglada por la ley conforme a los fines del proceso, los intereses que protege y los poderes que se ejercitan; así se comienzan a distinguir las formas en sustanciales e insustanciales y los requisitos del acto en esenciales y no esenciales. Como consecuencia, fue necesario determinar cuándo en el proceso se está frente a la esencialidad, surgiendo, a partir de ahí, los tres sistemas legislativos conocidos en materia de nulidades: a) privatista, b) judicialista y c) legalista, siendo precisamente este último el que adopta nuestro Código Procesal Penal...”

³ Se entiende por actividad procesal defectuosa (nulidades) el acto procesal que no reúne los requisitos propios de su correspondiente especie al apartarse de la configuración legal. De acuerdo al concepto expresado, la nulidad viene a ser la sanción legal establecida para los actos que se realizan con inobservancia de las garantías o formas procesales y que causen un gravamen substancial al desarrollo normal del

Puede afirmarse que en el ámbito del derecho procesal penal, especialmente en el campo legislativo, es un axioma prácticamente indiscutible el principio que dice “no hay más nulidades que las consagradas en forma expresa por la Ley”.⁴

No es nuestra intención, pues carece de utilidad, hacer seguidamente una larga disquisición de la lista de formulación del mencionado principio en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Tomaremos como base la regla consagrada en el Art. 165 Código Procesal Penal que dice: “...

procedimiento. La sanción, de este modo, viene a constituirse en la declaración de ineficacia de un acto procesal por defecto de alguno de sus elementos esenciales, lo cual le impide cumplir con sus fines.

⁴ PESSOA, Nelson R. Las nulidades procesales en el derecho Penal, pág. 23

⁵ Las mayúsculas son nuestras.

⁶

⁷ Como veremos de todas las definiciones nos muestran claramente las seis características principales de la nulidad: a) es sanción, funciona como un castigo previsto por la ley cuando no se observan determinadas exigencias; b) es legal, su fuente debe ser siempre la ley, no advirtiéndose la imposición de una sanción de nulidad por vía reglamentaria; c) no se requiere que la conminación de nulidad éste prevista en forma expresa, sino que también puede ser tácita; el requisito se cumplirá de una u otra forma, según el sistema a aplicarse, ya se trate de un sistema judicial (sanción tácita) o del sistema legalista (sanción expresa); d) priva de sus efectos jurídicos al acto, cuando se declara nulo un acto, éste pierde eficacia dentro del proceso, es decir, que el acto resulta privado de los efectos jurídicos que debía producir; e) no se admite la nulidad de actos no realizados, ya que el instituto tiende a restablecer el buen orden el proceso y si el acto irregular no se cumplió, todavía no existe alteración a corregir.

⁸ Eduardo B. Carlos. Enciclopedia Jurídica OMEGA, Tomo XX, Voz “Nulidades Procesales”, pág. 538

⁹ Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires, Tomo I, pág. 718.

¹⁰ Anteproyecto del Código Civil Paraguayo.

¹¹ Introducción a los Hechos y Actos Jurídicos. 1996

¹² Son ejemplos de las nulidades genéricas, las concernientes al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal o el Ministerio Público, las concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado; las concernientes a las reglas de competencia, de la publicidad en los debates, etc.

¹³ Serían sus ejemplos la aplicación de los Arts. 34 y 36 de la C.N.; arts. 161 (notificación), 200 (interceptación de correspondencia), art. 206 (deber de abstención del testigo) todos del Código Procesal Penal.

¹⁴ Por el principio acusatorio es nulo el juicio en el que no se le ha dado intervención al Ministerio Público como órgano acusador. O se le obligue a acusar cuando él ha decidido no hacerlo. Aunque esto no esté expresa o genéricamente conminado en norma alguna, cualquier acto que se realice en violación de este principio provoca la nulidad del mismo. Otro ejemplo, sería la violación del principio *nom bis id idem* o doble juzgamiento.

¹⁵ Como ser los actos que violan las reglas que tengan relación con la intervención, asistencia y representación del imputado en el proceso penal y las que implican inobservancia de derechos y garantías previstas en la Constitución Nacional y Derecho internacional vigente.

¹⁶ Los mecanismos para recuperar el acto viciado son de dos formas: a) SANEAMIENTO. El Código busca que todas las nulidades sean inmediatamente saneadas por tres vías: 1. La renovación del acto viciado. 2. La rectificación del error. 3. El cumplimiento del acto omitido de oficio o a petición del interesado. B) CONVALIDACIÓN O SUBSANACIÓN: Ella se producirá por no haberse solicitado su oportuno saneamiento, o cuando exista consentimiento expreso o tácito de los interesados, o cuando haya alcanzado su finalidad respecto a todos los interesados, pese a su irregularidad.

En doctrina se habla de que opera el principio que dice que **no todo acto procesal irregular es nulo; solo habrá nulidad cuando la irregularidad esté referida a una forma procesal “esencial”, y no una forma procesal “accidental”**.

Esto nos obliga, a su vez, a encontrar criterios o pautas que permitan distinguir entre formas procesales “sustanciales o esenciales” y formas “accidentales”.

Para explicar estos principios se han desarrollado varios sistemas, a saber, la privatista, judicialista y legalista, según la alegación o señalización del defecto procesal y su valor (esencial o accidental) éste respectivamente en manos de la parte afectada, del juez y o de la ley.

¹⁷ La ley establece en forma clara que: “las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causan agravios, fundadas en el defecto, en los casos y formas previstos por éste Código, siempre que no hayan contribuido a provocar la nulidad. Sin embargo, el imputado podrá impugnar una decisión judicial aunque haya contribuido a provocarla. Se procederá de igual modo cuando la nulidad consiste en la omisión de un acto que la ley prevé, debiendo procederse de igual modo cuando la nulidad consista en un acto cuya nulidad se halla prevista en la Ley”(Art. 165 del Código Procesal Penal).

¹⁸ El mismo imputado puede articular válidamente el incidente con la misma finalidad, sin importar de que el mismo haya contribuido al vicio; igualmente se halla legitimado para impugnar por la vía incidental un acto cuando considera que adolece de vicio que le priva de la posibilidad de producir sus efectos jurídicos.

¹⁹ De acuerdo al Código Procesal, las partes intervinientes en un proceso o causa tienen legitimación activa para deducir incidente de nulidad tendiente a lograr que un acto o determinadas actuaciones judiciales sean declaradas nulas, o en su caso a que simplemente sean subsanadas o saneadas de acuerdo a la situación en que se dá, con la sola condición de que no haya contribuido a provocarla, que sin duda debe ser así, por cuanto sería injusto que la parte que contribuyó al acto viciado sea beneficiado con la posibilidad de que pueda intentar de nuevo su sanación, o lo que es peor, invalidarlo.

²⁰ En los desarrollos teóricos del derecho procesal penal se afirma que se ha superado el denominado criterio “formalista” en materia de nulidades que, como es sabido, considera como sinónimo de nulidad o irregular.

Actualmente, hoy día ya se habla solamente de dos criterios: el judicial o el legal y que en materia procesal penal predomina el sistema legalista.

- **La fundamentación constitucional de las Nulidades en el Proceso Penal.**²¹

Para nuestro entender, las nulidades en el proceso penal, tienen un doble fundamento de tipo constitucional.²²

Ese doble fundamento, que me refería es el siguiente: a) garantizar la efectiva vigencia del debido proceso legal, y b) garantizar la efectiva vigencia de la regla de la defensa y la bilateralidad en el proceso del imputado especialmente (y de otros sujetos eventuales).²³

- **Característica del sistema.** Es bueno hablar rápido sobre este tema, al señalar enfáticamente que los sistemas denominado **legalista** de las nulidades del

²¹ En este punto pretendemos poner en claro cuáles son los fundamentos de las nulidades en el proceso penal. Es nuestra convicción que ello ayudará a la determinación del exacto contenido o ámbito de las mismas.

²² En cuanto a los fundamentos, debemos expresar también que el mismo Carrara, al referirse a las formas procesales a las que deben estar sujetos los actos realizados por las partes y el juez durante el desarrollo del proceso a fin de que surta todos sus efectos jurídicos legales, expresaba que el conjunto de modalidades y formalidades que conforman el rito procedimental fue instituido para frenar al órgano jurisdiccional (juez o tribunal) en sus propios actos. Es así, que en virtud de lo expresado, se tiene un Código Procesal Penal que prescribe ciertas formas de las que deben ser revestidos determinados actos, sin preverse una sanción de nulidad de los hechos realizados en contravención a ella, serían sostener una afirmación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacer creer a la ciudadanía en general que se provea a la protección de las personas honradas en tanto que a nadie en verdad se protege. A ella se debe la observancia del rito (formas) que no solo es una garantía de justicia, sino también una condición necesaria, de tal suerte que los ciudadanos confíen en la justicia a través de los que tienen la difícil misión de administrarla.

²³ Ya que no nos detendremos en este punto, no obstante considero explicarlo brevemente. NULIDADES DEL PROCESO PENAL Y EL PRINCIPIO DEL “DEBIDO PROCESO LEGAL”, y se fundamenta en el artículo 17 de la Carta Magna. El ius puniendi estatal, con todo lo que ello significa, vista desde su importancia en términos jurídicos formales de control social, como por la importancia de su incidencia en la vida de los ciudadanos, no puede ejercerse o desplegarse sin regulación normativa alguna. Elementales razones de seguridad jurídica demandan que el mismo esté controlado, regido por reglas jurídicas, ya que en el proceso penal, en última instancia, se decide la inocencia o reprochabilidad de una persona a la que se le atribuye un delito. NULIDADES DEL PROCESO PENAL Y LA GARANTIA DE LA “DEFENSA EN JUICIO”. Pero la presencia de un proceso legal previo llevado a cabo por el órgano constitucionalmente facultado para ello no es suficiente, sino que por su propia decisión de la Carta Fundamental, se requieren más requisitos que hacen a ciertas seguridades, protecciones o garantías que el proceso legalmente estructurado debe brindar al ciudadano sometido al poder punitivo estatal. Sin pretender hacer una lista exhaustiva, sino simplemente apelando al camino de una enumeración que puede ser discutible (por incompleta o porque su contenido puede cambiarse), puede decirse que la garantía constitucional de referencia comprende: el principio de inocencia, de non bis in idem, el derecho a la defensa, que implica, a su vez, varias cosas, así, por ejemplo, el derecho a conocer la imputación, el derecho a ser oído o decir sus razones, probar, alegar, etc., prohibición de reformatio in peius, prohibición de declarar contra sí mismo, limitaciones probatorias del estado sin su actividad penal persecutoria, como ser la tortura, prueba ilegal, allanamientos, papeles privados, email, etc.

proceso penal²⁴ se caracteriza porque es exclusivamente la ley la que determina cuáles son las irregularidades de los actos procesales que traen como consecuencia las nulidades de los mismos.²⁵

Es la propia ley la que determina cuáles formas procesales son esenciales y cuales secundarias; en función de esto último es que la ley dispone la invalidez de los actos del proceso por la vía de nulidad.²⁶

- **Conveniencia del sistema legalista.** Para ser francos el sistema legalista de las nulidades tiene ciertas bondades que lo convierten en aconsejable o superior a los otros.

Debemos decir que la lectura de las obras teóricas de la materia nos permite observar lo siguiente: es común encontrar una explicación en torno al sentido o funcionamiento del sistema legalista, pero se omite hacer un análisis de las razones que aconsejan su vigencia, especialmente en el proceso penal.

Para nosotros es importante y se fundamenta la conveniencia de las nulidades en el sistema legalista en lo siguiente:

“es una cuestión elemental de seguridad jurídica que las formas o requisitos de los actos jurídicos procesales, cuyo incumplimiento trae consigo la invalidez de los mismos, estén establecidos con el mayor rigor posible...”²⁷

²⁴ El mismo Carrara nos dice que no basta que el juicio haya alcanzado efectivamente su fin jurídico, o sea el de conducir al exacto conocimiento de la verdad, en cuanto se haya condenado al verdadero culpable, y se le haya condenado tan sólo en la medida que merecía, sino que es preciso que esto sea creído por el pueblo. Siendo este el fin político de las formas procesales, y cuando estas formas no se observan, entonces la confianza pública en la justicia del fallo sería ya sino confianza en la sabiduría y la integridad del hombre que juzga y que no todos pueden tenerla, pero cuando esas formas se observan, la confianza pública se apoya racionalmente en esta observancia.

²⁵ Hasta aquí sabemos dos cosas: a) que solo existen las nulidades que la ley determina o crea; la fuente generadora de las nulidades es la ley, no lo es el juez ni las partes en el proceso, b) que solo se declara nulo un acto procesal en razón del incumplimiento de formas esenciales o sustanciales; no toda irregularidad procesal lleva la nulidad del acto procesal.

²⁶ Esto es lo que se resume en ese axioma, que se encuentra plasmado en nuestro Código Procesal Penal.

²⁷ Criterio sustentado por Nelson Ramon Pessoa, en la obra ya citada, pág. 26.

Sería preocupante imaginarnos, por ejemplo, que los requisitos para presentar el Acta de Imputación, la Acusación, el Sobreseimiento Provisional o cualquier acto de carácter conclusivo, la orden de allanamiento, de la forma de la sentencia, de la inspección de personas, vehículos o bienes, su secuestro, dependieran de la voluntad de las partes o del libre arbitrio judicial.

Por eso no es difícil entender que la única forma razonable de proteger la seguridad jurídica, en el sentido mencionado, es que las formas o requisitos esenciales y accidentales, de los cuales se depende la validez o nulidad de los actos procesales, estén legalmente consagradas.

Es importante, mencionar que a nuestro parecer que desde nuestro modesto punto de vista, el problema gira en torno a la determinación de lo que podemos llamar el verdadero alcance o sentido del principio de “legalidad” del proceso penal.

Pensamos que en gran medida por la lectura de la jurisprudencia nacional que se ha hecho y se hace una interpretación que ha desnaturalizado lo que consideremos el correcto sentido del principio de legalidad de las nulidades.

Y tal desnaturalización es la consecuencia de una lectura que podemos llamar arbitrariamente como “extremadamente limitadora” de las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal.²⁸

Seguidamente, expondremos en forma sucinta en qué consiste o como funciona el criterio dominante de interpretación del principio de legalidad de las nulidades procesales.

El mismo se construye sobre dos pilares conceptuales, a saber:

²⁸ Hacemos una aclaración que consideramos importante, trabajamos especialmente con los conceptos usados en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, por la indiscutida razón de que son la expresión del derecho vigente, pues son los instrumentos con que nuestros jueces resuelven los conflictos jurídicos a ellos sometidos.

- a) Entiende por “Ley”, en cuanto fuente determinada del criterio de validez o invalidez de los actos procesales, solamente la “norma procesal”, y no el orden jurídico.

Solamente es la “norma procesal” la que puede imponer la sanción de nulidad, como consecuencia del incumplimiento de lo ordenado por ella en cuanto a los requisitos o formas de los actos procesales, bajo la condición de que dicha sanción esté expresamente prevista en la norma procesal, sea por vía de las denominadas “nulidades específicas” o de las denominadas “genéricas”.

El incumplimiento de formas jurídicas impuestas por otras normas que integran el sistema jurídico positivo (aunque sean reglas constitucionales) no autoriza a anular un acto procesal o, por lo menos, no deben ser impuestas bajo amenaza expresa de nulidad.

- b) El segundo argumento o pensamiento es prácticamente una consecuencia del primero, y se manifiesta en la lectura que se hace de las llamadas “nulidades genéricas”.

Este fundamento funciona más o menos así: como no existen más nulidades que las consagradas en forma expresa por las normas procesales (y se toma como paradigma de ello las denominadas nulidades “específicas”) las denominadas “nulidades genéricas” son interpretadas con sentido muy restringido, ya que no son regulaciones particulares o individuales de determinado acto procesal, sino que son regulaciones con sentido más amplio y general.

En palabras de Nelson Pessoa, en rigor de verdad, como punto de vista compartimos en genérico, número y grado, cuando se estudian los fallos de los Juzgados y Tribunales, en función de la manera de razonar y de resolver situaciones concretas, puede decirse que el criterio en cuestión presenta dos variantes o

modalidades: a) una que podemos llamar extrema, y b) una que podemos denominar moderada.²⁹

²⁹ En ese sentido, refiere Nelson Pessoa que: "... a) VARIANTE Y MODALIDAD EXTREMA: En términos resumidos, puede decirse que esta variante de interpretación de la regla o principio de legalidad de las nulidades del procesal penal no niega, desde el punto de vista teórica, la existencia de nulidades genéricas. Lo que sucede es que a la hora de la aplicación de esa regla general para resolver casos concretos, la misma es leída o interpretada de tal manera que, prácticamente, o no tiene la debida vigencia o se la reduce de forma tal que se la desnaturaliza. No se invalida con ello todo lo que la regla pretende privar de valor jurídico en materia de actos del proceso penal. Esto es producto de ese pensamiento siempre latente que dice que no hay otras nulidades que las expresamente consagradas por la ley, existiendo "expresamente" únicamente a las establecidas por vía de las denominadas nulidades "específicas". Parece que las nulidades "genéricas" no existen o, por lo menos, se desconoce toda su riqueza. b) VARIANTE MODERADA: Esta modalidad puede resumirse en estos términos: son nulos los actos que al ser realizados incumplen las formas impuestas bajo amenaza expresa y específica de nulidad, como también lo son aquellos actos que incumplen formas impuestas por reglas genéricas de nulidad. El dato que importa destacar de esta variante es, podemos decir, su mayor generosidad para leer las reglas que consagran las denominadas nulidades "genéricas". (pág. 32/33).

CAPITULO II: ¿Existen Límites de las Nulidades Procesales?.

- Noción

Al encarar este trabajo, fue una de las primeras interrogantes que me planteo y sobre toda la columna del pensamiento en donde elaboré mi arquitectura jurídica para poder desarrollar el tema de las nulidades procesales.

En ese sentido, conviene precisar que para que exista declaración de nulidad ya sea absoluta o relativa, deberá siempre comprobarse el a) interés; b) perjuicio; c) orden público y; d) determinar su alcance y sus límites.

Habiendo definido y analizado el concepto de nulidades en materia penal vamos describir seguidamente algunas consideraciones fundamentales para la declaración de nulidad, y que fueron citados precedentemente.

INTERES: creemos que debe entenderse la actividad procesal desarrollada por conveniencia o necesidad por alguna de las partes con el fin de impulsar el proceso y obtener algún resultado o provecho.³⁰

PERJUICIO: no cabe dudas que se circunscribe a la limitación de un derecho de las partes vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata, a las garantías que son su causa.³¹

³⁰ En la buena doctrina se ha sostenido que **el interés es el presupuesto fundamental que determina** a los sujetos legitimados para reclamar la declaración de nulidad de un acto considerado viciado. Sin embargo, la tesis de referencia no es la única aceptada como mecanismo procesal para lograr el objetivo, por cuanto que la misma jurisprudencia, a través de fallos quietos y constantes, ha sentado el principio de que con el avance del derecho ha sido también tomado en cuenta otro elemento de gravitación para que un acto pueda ser declarado nulo, como lo es el perjuicio que indefectiblemente debe acreditar prima facie el nulificante, parámetro a ser sopesado en momento de decidir sin un acto puede ser saneado, subsanado o en su caso invalidado, con el consiguiente resultado de que queda sin efecto, debiendo realizarse de nuevo.

³¹ En otras palabras, es necesaria la demostración de un perjuicio real y concreto por la parte afectada por el vicio del acto impugnado.

ORDEN PÚBLICO: Se relaciona con el buen orden del proceso (debido proceso) establecido legalmente con la finalidad de preservar las garantías constitucionales (derechos de la sociedad y del imputado).³²

DETERMINAR SUS ALCANCES Y LÍMITES: He aquí la cuestión fundamental, que sucedería en el caso hipotético de que en el transcurso del proceso al realizarse un acto cualquiera se viole una garantía constitucional: como lógica consecuencia, esta omisión acarrearía su nulidad y esto es correcto. Pero, ¿ qué sucede cuando la afectación a un resguardo constitucional es inocua?. Indudablemente, la respuesta aquí debería ser negativa. No hay nulidad.

Es común, encontrar en el fuero penal, casos como estos, verbigracia, en una declaración indagatoria ante el Ministerio Público se omite hacerle saber al imputado el derecho que tiene a negarse a declarar sin que ello implique una presunción alguna en su contra y, aun así, el proceso no se presta a la requisitoria establecida en el Art. 17 de la Carta Magna en concordancia con el artículo 84 y siguientes del Código Procesal Penal.

Aquí notamos que la omisión del Agente Fiscal interviniente se vulneró una garantía constitucional, aunque solo formalmente, una disposición legal que instrumenta una garantía constitucional; aquí, el agravio constitucional existe pero no tiene ningún efecto ni en la causa ni el acto propiamente dicho.³³

No es nuestra intención hacer aquí un largo desarrollo de las modalidades y formas de regular las nulidades procesales penales en el Código Procesal Penal.

³² **Sobre la prueba**: Prohibición expresa de utilizar directa o indirectamente fuentes o medios de prueba con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Se distinguen los actos de investigación y los actos de prueba. Se dedica todo un título a los principios generales sobre la prueba. Respeto a la Constitución y tratados en materia probatoria. Principios de libertad probatoria, comunidad de la prueba. Se precisa que no son objeto de prueba: las máximas de la experiencia; las leyes naturales, la norma jurídica, lo imposible, lo notorio. Valoración de la prueba: razonamiento lógico y motivado.

³³ Sería improducente, declarar la nulidad en este caso, pues consistiría la declaración en hacerlo en interés de la ley, ya que no produce efecto alguno en la causa.

Los principios que rigen las Nulidades³⁴ son:

1. Especificidad: que hace que las nulidades sean:
 - a) Explícitas, cuando la ley las prevé expresamente.
 - b) Implícitas, cuando los actos carecen de los requisitos imprescindibles para obtener su finalidad, salvo que se hubiera corregido.
2. Convalidación: lo que se da, salvo en las nulidades absolutas y tiende:
 - a) El saneamiento de los actos.
 - b) La compurgación del vicio.
3. Expresa, mediante la ratificación.
4. Tácita, por el vencimiento del plazo para recurrir.

³⁴ Los principios que rigen en la actividad procesal defectuosa (nulidades) son los siguientes: a) **principio de legalidad o especificidad**. Este principio implica que no es factible declarar la invalidez o nulidad de un acto procesal sin que expresamente exista un texto legal que así lo ordene. Nuestra legislación positiva, a través de su Art. 165 del Código Procesal Penal, expresa: “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 la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este Código, salvo que la nulidad haya sido convalidada...”; b) **principio de transparencia**. Sabido es que no existe la nulidad por la nulidad misma, es decir sin un posible perjuicio que su consecuencia pudo haber acarreado a las partes; de ahí que el vicio solo tiene trascendencia en tanto tenga un contenido. De acuerdo a esto, no basta la simple violación de la norma procesal si no se ocasiona un perjuicio o gravamen a la parte que lo invoca, o en su caso que el vicio puede ser saneado. Así lo expresa el Art. 165 2da. Parte: “...Las partes solo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causan agravio, fundadas en el defecto, en los casos y formas previstas por este código, siempre que no haya contribuido a provocar la nulidad. Sin embargo, el imputado podrá impugnar una decisión judicial aunque haya contribuido a provocarla”. Se puede advertir en la última parte del artículo citado un beneficio establecido solo a favor del imputado, en el que éste puede pedir la nulidad de un acto aún en el supuesto de haberlo provocado o contribuido para ello, debiendo procederse de igual modo cuando la nulidad consiste en la omisión de un acto que la ley prevé; c) **principio de instrumentabilidad o finalidad**. Este principio opera como límite al saneamiento, pues no se debe sanear un acto procesal defectuoso que no modifique el desarrollo del proceso, no perjudique la intervención de los interesados, puesto que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas. Por ello la invalidez del acto no debe declararse a menos que vaya a producir una ventaja para alguna de las partes. A contrario sensu, cuando el acto aunque sea defectuoso y haya cumplido el fin propuesto, no debe anularse o invalidarse. Esto es lo que surge de la interpretación dada al Art. 169 del C.P.P. “Las nulidades relativas quedarán convalidadas: (...inc. 3) si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados; c) **principio de convalidación**. Este principio significa que todo acto procesal defectuoso o sea aquel que adolece de un vicio es susceptible de saneamiento, pero no todo acto defectuoso puede ser convalidado, sólo las nulidades relativas pueden ser objeto de saneamiento de acuerdo al principio enunciado. Es así que transcurrida una etapa procesal no se puede volver al anterior cuando todas las etapas procesales se han cerrado (sentencia definitiva, cosa juzgada material, por haberse operado la preclusión que impide toda posibilidad de impugnar los actos jurídicos defectuosos (nulidades relativas). Con esto lo que se pretende es que las partes por mera negligencia no retrasen inútilmente los procesos mediante presentaciones hechas al órgano jurisdiccional sin ninguna importancia o carente de utilidad alguna a los efectos del impulso procesal.

5. Transcendencia, que como carga específica lleva la obligación de alegar y demostrar el perjuicio, que debe ser:
 - a) Cierto, es decir concreto.
 - b) Irreparable, o de entidad y sin otra forma de subsanación.
6. Protección, que excluye la sanción cuando el acto emanó del nulidicente. Este no puede tener opción de aceptarlo ni rechazarlo, porque ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber que lo invalida.
7. Conservación, de un principio finalista que conduce al saneamiento del acto, si la misma ha logrado su fin.³⁵

- Pruebas de las Nulidades

Creemos que la existencia de una causal de nulidad y el consiguiente perjuicio deben ser demostrados. Queda por determinar la forma en que se prueba y a quién le corresponde acreditar la existencia del vicio.³⁶

La prueba debe ser demostrada y requerida en dos situaciones: 1) en el vicio; 2) y en el perjuicio.

EN EL CASO DEL VICIO: Bastará con comprobar la existencia de una violación a una forma que posea tal entidad que ocasione en forma directa o indirecta una afectación a una garantía constitucional.³⁷

Existen otros supuestos en los que la prueba de las nulidades adquiere particular relevancia: como lo son los casos de coerción, imputabilidad, falta de capacidad legal, etc., del sujeto que realiza el acto, es decir, en los supuestos en los

³⁵ Denominado también este último principio de UTILIDAD O INSTRUMENTALIDAD, el cual significa que mientras el acto haya cumplido con su finalidad dentro del proceso y resulta útil para llegar a la verdad, debe ser recuperado de alguna manera.

³⁶ Se ha dicho contra esta postura que tal exigencia provoca incertidumbre, discrepancias de opinión, fáciles desigualdades de trato, sospechas de parcialidad, amén de no resultar fácil determinar si un vicio de forma ha influido o no sobre el mérito de la persecución legal.

³⁷ Por ejemplo en el Acta de Imputación no se menciona la calificación primaria penal atribuida al encausado; o en la sentencia la omisión de condenar o absolver, en estos casos no se requiere otra prueba que la mera comprobación.

que el vicio proviene de un aspecto interno del sujeto y no de una forma manifiesta del acto.³⁸

EN EL CASO DEL PERJUICIO: Generalmente no se podrá acreditar en forma convencional –mediante pruebas–, sino que deberá demostrarse su existencia por meras alegaciones hipotéticas. El perjuicio puede ser potencial y es claro que podrá probarse algo que todavía no ocurrió, más aún si ese algo es intangible quedando, en definitiva, a decisión del juez comprobar la verosimilitud de la petición.

Queda por establecer a quién corresponde la carga de probar la existencia de una nulidad de carácter absoluta, ya que es claro que si ésta fuera relativa corresponde su prueba a quien la alegue.³⁹

En el **primer caso** no presenta dudas. Estas nulidades no necesitan, como ya vimos, ser alegadas, ya que su surgimiento es expreso, correspondiendo al Juez determinar si la falencia y el perjuicio existen, resolviendo, en consecuencia, por la nulidad o la validez.

El problema se plantea con aquellos vicios que no parecen en forma manifiesta.

Francisco Carrara⁴⁰, nos señala cuatro estados distintos del Juez frente a un hecho: de ignorancia, duda, probabilidad o de certeza.⁴¹

³⁸ En estos casos, el vicio o la inobservancia deberá ser demostrado ya sea a través de declaraciones testimoniales a personas que, por ejemplo, permitan establecer si un determinado acto procesal fue cumplido en forma coercitiva; peritajes, que determinan si el declarante era imputable o no al momento de la indagatoria o prueba de informes, para acreditar si el funcionario que llevó adelante el acto, reunía los requisitos legales para su nombramiento.

³⁹ Pero hay que diferenciar los vicios que surgen palmariamente y aquellos que no se manifiestan en forma expresa.

⁴⁰ Derecho Procesal Penal, 1945, Tomo III, pág. 17

⁴¹ Siguiendo al referido autor, nos dice que: "...para avanzar en estos estados mentales, el Juez cuenta con distintos elementos que exteriorizan el hecho que se considera delictuoso o con la reconstrucción de sus elementos materiales: es decir, todas las circunstancias de su realización. Recordemos que el juez nunca tiene relación psíquica directa con el delito, salvo en supuestos delitos cometidos en sus presencia, como, por ejemplo, daños durante una audiencia oral, pero, por supuesto, esta relación debe ocurrir siempre el ejercicio de sus funciones y con competencia sobre el hecho, siendo ello así, ya que si la relación con el hecho fuera

El juez para llegar a la certeza tiene que probar siete particularidades que fueron descriptas en el verso **quid, quis, ubi, quibus, auxilium, cur, quomodo y quando**, que significan de que se trata, quién lo hizo, donde, con qué medios, por qué, de qué modo y cuándo.⁴²

La prueba obtenida ilegalmente: entendemos que la persecución penal debe realizarse dentro de ciertos límites, debiendo llegarse a la verdad por las vías o procedimientos legales. Esto es así, no sólo por un principio ético que debe imperar en la represión del delito, sino porque la tutela de los derechos del individuo sometido a proceso tienen un valor tan importante para la sociedad como su castigo si fuere el autor del delito.

Resulta harto difícil y particularmente complicado realizar una enumeración taxativa de aquellos motivos que pudieran llegar a nulificar alguna medida probatoria: por ello, pudieran llegar a nulificar alguna medida probatoria; por ello, nos contentaremos con realizar algunas observaciones de aplicación general que, pensamos, pueden ser de utilidad para el lector.

Es siempre importante tener en cuenta que deberá analizarse si la **prueba se restringe con perjuicio** de una de las partes, con lo cual los motivos de nulidad que eventualmente pudieran surgir se vinculan con los derechos de los sujetos procesales.

A contrario sensu, si la prueba se amplía no puede conminarse con nulidad a los actos que superasen los límites previstos por el juez o las partes, tal es el caso de un interrogatorio a un testigo o los puntos del examen pericial.

accidental sería testigo del episodio, con lo cual no deberá conocer en la investigación ya que en este caso cumpliría dos roles: el de Juez y de testigo, ambos absolutamente incompatibles.

⁴² Para comprobar estos extremos el juez cuenta con elementos probatorios: documentos, confesiones, indicios, peritaje, testimonios, reconocimientos, etcétera.

Otro dato que deberá también verse, es si para el acto probatorio se ha dado intervención a las partes, en los casos que corresponda.⁴³

Finalmente, que en materia de nulidades de medios de pruebas rige el principio que toda valoración debe ser realizada con criterio restrictivo y excepcional. No olvidemos que las pruebas son actos procesales y éstos, por pertenecer al género de “actos jurídicos”, se presumen legítimos.

Creemos que este pequeño bosquejo –que en modo alguno pretende agotar por imposible los criterios o pautas –de valoración del juez y las partes, ha de servir como elemento útil para la determinación del verdadero contenido, sentido y alcance de los defectos que pudiera presentar un acto probatorio.

El valor probatorio y Nulidad. Esta situación se plantea cuando se confunden la influencia que puede tener una circunstancia del acto que, a veces, provocará la invalidez del acto y, otras, influirá sobre su fuerza probatoria.

Cada prueba, según su naturaleza, posee elementos que inciden en su valor probatorio.

Entonces, influirán en general: la percepción, los recuerdos, la sugestión, la ubicación temporal y espacial, contradicciones en puntos no esenciales con otras declaraciones, circunstancias que permitan probar la falsedad sobre algún punto, las indicaciones inexactas, prejuicios, toma de posición, etcétera.

Siguiendo, las enseñanzas de Sergio Gabriel Torres⁴⁴, tenemos lo siguiente:

“Estas circunstancias, permitirán al juez interpretar la medida para otorgarle el valor dentro del cuadro probatorio.

⁴³ Y principalmente, como ya lo hemos visto precedentemente, se debe examinar en todos los casos si quien alega alguna nulidad tiene interés en la declaración y que, además, surja de la omisión de un **perjuicio real y concreto**, ya que de otro modo, tal como hemos sostenido, sería declarar la nulidad por la nulidad misma.

⁴⁴ Las Nulidades en el Proceso Penal. Editorial AD HOC, pág. 113

Veamos lo dicho a través de algunos ejemplos que surgen de la vida judicial diaria; éstos son:

- Declaración judicial de un testigo en el que rectifica las afirmaciones contenidas en el acta de secuestro;
- Conclusiones periciales contradictorias;
- Actas de secuestro firmadas solamente por personal policial interviniente en el procedimiento, sin que conste la intervención de testigos o de los detenidos.

En ninguno de estos casos, las alternativas expuestas afectarán la validez de las pruebas; éstas solo incidirán en su valor probatorio; en el primer caso, las eventuales rectificaciones de los testigos de procedimiento no restan eficacia al acta que al ser una derivación documental del secuestro debe independizarse de las declaraciones que se le relacionen, so peligro de experimentar éstas, vicisitudes alternativas que condicionen su validez extrínseca.

En el segundo, la contradicción existente entre las conclusiones de los peritos jamás podría volverlas írritas siempre que hayan sido realizadas conforme a su ciencia.

En el tercero, la firma de los policías cumple con el requisito impuestos de los testigos para un acta de secuestro siempre que éstos no haya afectado su participación con interés, afecto u odio; corresponderá al juez, en definitiva, valorar con los otros medios que tuviera en su poder, la veracidad de las atestaciones del acta y, consiguientemente, su influencia para la investigación...”.

Sanciones. Los sujetos del proceso, como señala Leone⁴⁵, deben aspirar a conformar los actos procesales con el mayor apego a las reglas legislativas por un deber de probidad del comportamiento procesal.

⁴⁵ Tratado de Derecho Procesal Penal, EJEA. Buenos Aires, 1963, Tomo I, pág. 669

Saneamiento de las nulidades relativas⁴⁶, casos en que se halla contemplada su aplicación. Sanear un acto procesal defectuoso es aplicar un remedio procesal para tornarlo válido o eficaz. El saneamiento tiene un efecto positivo sobre la invalidez del acto defectuoso.

El plazo previsto en el código para solicitar el saneamiento de las nulidades relativas es dentro de las veinticuatro horas de realizado el acto considerado viciado; puede también formularse mientras se realiza el acto mismo, o en su caso antes de dictarse la decisión a ser impugnada.

El artículo 168 del Código Procesal Penal, establece en forma clara que, excepto los casos de nulidad absoluta, se podrá solicitar el saneamiento de la nulidad en los siguientes momentos: a) mientras se realiza el acto o dentro de las veinticuatro horas de realizado, cuando quien lo solicita haya estado presente en él; b) antes de dictarse la decisión impugnada, cuando no haya estado presente.

Si por cualquier motivo o circunstancia haya sido imposible a la parte afectada advertir en forma oportuna que el acto adolece de vicio, el interesado deberá reclamarlo dentro de las veinticuatro horas después de conocerlo, es decir una vez tomado conocimiento del acto atacado. La solicitud de saneamiento deberá contener una clara descripción de la irregularidad invocada, debiendo individualizarse debidamente el acto viciado u omitido, incluso la parte que lo deduce deberá intentar la posible solución que podría darse al caso.

⁴⁶ El Art. 169 del Código Procesal Penal establece en forma expresa: “Las nulidades relativas quedaran convalidadas: a) cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento; b) cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto; c) si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados; e) principio de saneamiento. Este principio deriva y se halla sustentado en el principio constitucional de economía procesal, operando preventivamente y evitando con ello atrasos innecesarios en la substanciación de un proceso o causa. El saneamiento viene a ser de este modo el remedio contra el acto procesal defectuoso. Es así que mediante dicho principio, en lugar de declarar la nulidad de un acto, (invalidación del acto, efecto negativo) se busca su saneamiento (subsanción del acto, efecto positivo). De acuerdo a lo expresado más arriba, tres son los supuestos de saneamiento de un acto procesal, a saber: a) la renovación del acto; b) la rectificación del error, y c) el cumplimiento del acto punitivo. Se puede concluir diciendo que la diferencia que existe entre la convalidación y el saneamiento es que éste opera de oficio, en tanto que aquella debe darse a petición de parte. (Art. 186 C.P.P.).

Convalidación.⁴⁷ Las nulidades relativas en cambio, son todos los demás actos procesales defectuosos que no encuentran combinados o afectados por la nulidad absoluta de manera expresa en la norma legal; de esto surge que todos los actos afectados solo por nulidad relativa podrán ser objeto de su saneamiento en los casos debidamente establecidos en el Art. 169 del Código Procesal Penal, pudiendo darse en los siguientes: a) cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento; b) cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; c) si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

La convalidación de los actos procesales defectuosos en cambio opera como una sanción procesal a las nulidades relativas cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento, cuando los interesados hayan consentido expresa o tácitamente los efectos del acto o cuando, pese a la irregularidad del acto, éste haya alcanzado su fin con respecto a todos los interesados.

Resumiendo, se puede sostener que todo acto procesal defectuoso, nos referimos a las nulidades absolutas o relativas, puede ser objeto de saneamiento, en tanto que solamente las relativas pueden ser objeto de convalidación.

Concluyendo debemos señalar que durante el procedimiento de conocimiento ordinario deberán ser saneados todos los actos procesales defectuosos.

La conclusión de las etapas preliminar e intermedia producirá la convalidación de las nulidades relativas. La etapa del juicio oral y público tiene un régimen especial, en el que si los actos defectuosos no son saneados, solo con la protesta (recurso de reposición) del acto defectuoso se podrá habilitar los medios de impugnación.⁴⁸

⁴⁷ CASCO, Gerardo Bernal. Manual de Derecho Procesal y Procedimiento Penal, pág. 154

⁴⁸ El art. 452 del Código Procesal Penal expresa al respecto: “Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición, el que será resuelto de inmediato, sin suspenderlas...”.

CAPITULO III: “CAUSALES DE INEFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES EN EL CODIGO PROCESAL PENAL”.

- Introducción

Al decir de Sergio Gabriel Torres⁴⁹ al determinar la ley los requisitos del acto, cuya ausencia puede originar la nulidad del acto, cabe preguntarse si todos tienen la misma importancia o si debe existir una graduación. Indudablemente, la respuesta racional es la que establece una jerarquía en los actos y en sus requisitos y, por consiguiente, de los motivos de nulidad.

Esta distinción encuentra su fundamento en el fin que debe cumplir cada acto, es decir en el objeto, la función que cumple o los derechos que tutela.

Así, puede tratarse de actos y requisitos esenciales del proceso o de los actos y requisitos y funciones de menor importancia o accesorios y subordinados.

Eugenio Florián establece la siguiente graduación:

- a) **Normas** cuya infracción no lleva tras sí la sanción de nulidad: se trata de un especie de instrucción que da el legislador al juez, sin ser la expresión de un imperativo jurídico. Puede ejemplificarse a través del mandato por el que los procesos contra menores deben realizarse a puertas cerradas.

Su inobservancia, claro está, no provoca la nulidad del acto por tratarse de una mera irregularidad; instituto indispensable en un régimen procesal penal en que el que sancionar con nulidad todo incumplimiento de las formas conduciría, inevitablemente, a consecuencias desproporcionadas, ya que cualquier defecto trabaría el curso de la justicia penal, creando a cada paso inconvenientes difíciles de evitar, y sería contrario a la celeridad de los juicios, condición indispensable de una buena administración de justicia.

⁴⁹ En su obra ya citada Nulidades en el Proceso Penal, pág. 169 y ss.

No es posible, pues, sacrificar ese interés a todas las formas procesales, sino que basta con asegurar mediante esa sanción, aquellas esenciales que en cada caso particular la ley considera tales.

- b) **Normas sobre actos considerados esenciales y sancionados**, por lo mismo, únicamente con la nulidad relativa observando que por tener una importancia sólo secundaria queda en manos de la diligencia e interés de las partes.
- c) **Normas reguladoras de la estructura orgánica y de las actividades fundamentales del proceso**, cuya infracción da lugar a la nulidad absoluta.

Siguiendo a la clasificación de Luis Darrichon⁵⁰, anotamos seis razones:

- a) **Inadmisibilidad**⁵¹;
- b) **Inexistencia**⁵²;
- c) **Desistimiento**⁵³;

⁵⁰ Como es el Nuevo Procesal Penal, Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1991, Tomo III, pág. 103 y sigs.

⁵¹ Es la sanción prevista expresa o tácitamente en la Ley para declarar la ineficacia de un acto procesal penal que ésta considera que no debe producir efectos procesales. Su principal característica es que debe tratarse de actos que provengan de las partes, es decir, defensor, mandatarios o terceros. Sin embargo, se presentan dudas respecto a la actuación del fiscal, al que sólo debe aplicarse esta sanción en los casos en que su actividad es facultativa (cuestiones impugnativas, por ejemplo) y no cuando se trata de actos esenciales para la estructura del proceso (por ejemplo: acusación). En este caso, si el vicio es corregible, se subsanará; en caso contrario, corresponderá la declaración de nulidad. En cuanto a sus efectos, se tiene el acto como no incorporado al proceso y, por consiguiente, ausente de efecto alguno, por carecer de la forma exigida por la Ley. Como se ve, lo que se impide es el ingreso material del acto a la causa, aunque cabe preguntarse qué sucede si ese acto, por algún motivo, no fue declarado inadmisibile en su momento y se encuentra agregado al expediente. Creemos que más allá del ingreso físico del acto inadmisibile lo que corresponde es evitar el ingreso jurídico y, como consecuencia, que produzca efectos en el expediente al ingresar erróneamente a la cadena de actos jurídicos procesales. El remedio adecuado es, a nuestro entender, la declaración de inadmisibilidat del acto y la nulidad de todos los actos que fueron su consecuencia, aun sí correspondiere hacerlo en la misma sentencia definitiva, ya que la posibilidad de declarar la inadmisibilidat de un acto caduca recién por imperio de la cosa juzgada.

⁵² Cuando un acto es inexistente no corresponde permitir su ingreso a la causa y que produzca algún efecto jurídico, pero en caso contrario, más allá de todos los argumentos que se pudieran utilizar, creemos que la nulidad debe ser el mecanismo para eliminar estos “no actos”, ya que sólo sancionándolos pueden ser extirpados del proceso. Ello a partir de que todos los actos que se encuentran en un expediente poseen presunción de legitimidad, y si no existe una declaración expresa, seguirán siendo utilizados por los magistrados y las partes, con el consiguiente perjuicio a raíz del avance de un proceso que evitablemente será castigado, primero por la declaración de “inexistente” de este acto, y luego por la anulación de aquellos que sean su consecuencia.

⁵³ Se trata del acto procesal mediante el cual se manifiesta el propósito de hacer abandono de la instancia, el derecho y otro trámite de procedimiento. El Código Procesal Penal, habla de “desistimiento tácito”, cuando el querellante no presentará acusación en la etapa pertinente, no concurriera a la audiencia preliminar, no

- d) Caducidad⁵⁴;
- e) Deserción⁵⁵ y;
- f) Nulidad⁵⁶.

CAPITULO IVI “EFECTOS DE LAS NULIDADES”.

- Consideraciones Generales

La normativa aplicable es el artículo 171 del Código Procesal Penal, que establece que: “La nulidad declarada de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él.

Sin embargo, no se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía prevista a su favor.⁵⁷

concurriera a una audiencia de conciliación sin justa causa, por muerte sobreviniente del querellante. En definitiva, estos desistimientos muestran en los partes un desinterés, cuya inequívoca consecuencia está en la ineficacia del acto.

⁵⁴ Consiste en la pérdida o privación de una facultad procesal a un sujeto por efecto del tiempo transcurrido sin haberla ejercitado. A partir de este concepto, es prístina la diferencia entre caducidad y nulidad, ya que ésta deriva de un vicio que afecta a la forma o el contenido del acto, en tanto que aquélla es extraña al acto y se refiere a la conducta del sujeto que deja transcurrir el tiempo. Por su parte, mientras la nulidad exige de una declaración judicial, la caducidad actúa de iure, es decir, no es preciso que se denuncie o declare; bastará que cuando una parte pretenda hacer valer en el proceso un acto afectado de caducidad, la contraria puede impugnar tal pretensión y, existiendo o no oposición de la parte, el juez deberá intervenir y declarar el acto privado de efectos jurídicos.

⁵⁵ Se ha conceptualizado como el efecto o consecuencia del derecho del apelante de expresar agravios o de no apersonarse en forma dentro del término del emplazamiento ante el Tribunal que debe decidir, estableciendo como consecuencia la pérdida de la apelación o recurso. En otras palabras se declara desierto, no solo por la falta de presentación dentro del plazo determinado, sino por falta de argumentación o de agravios contra la sentencia del primera instancia.

⁵⁶ Como se ha visto, el Código Procesal Penal consagra el sistema de especificidad por el que sólo pueden declararse aquellas nulidades que estén expresamente caracterizados como tales. Así podemos señalar que el sistema de nulidades en el Código Procesal Penal funciona de la siguiente forma: La regla es que todas las nulidades son relativas y, por lo tanto, subsanables, salvo que impliquen la afectación constitucional o cuando se establezca expresamente, único caso en el que pueden ser declaradas de oficio. Es dable señalar también que la diferencia entre la caracterización de un vicio de una u otra calidad estará dada por la mayor o menor inmediatez que tuviera con la garantía constitucional en juego. Todas las nulidades tienen su causa en la defensa en juicio, porque precisamente las formas son las reglas que rigen para garantizarla; sin embargo, no por ello todos los defectos son declarables de oficio a tal punto, como se dijera, éstos constituyen la excepción. Esta inmediatez asegura, como sostiene Clariá Olmedo, la vigencia de los principios constitucionales del Juez natural y la inviolabilidad de la defensa en juicio, junto con la del proceso regular y legal que exige un mínimo de garantías en el ejercicio de los poderes atribuidos a los tres sujetos principales del proceso.

La nulidad produce efectos jurídicos si no es declarada, ya que no hay que olvidarse que no se aplican de pleno derecho, sino que requieren de una manifestación expresa del Magistrado o Tribunal.

Esta declaración, que por otra parte significa reconocer la ineficacia del acto afectado, privándolo de los efectos producidos y a producir, equivale, como alguien señalara, a extirparlo del proceso, no obstante haber ingresado, con todas sus ramificaciones.

Laminarmente y a los fines de delimitar este trabajo, debe señalarse que lo que se analiza son los efectos de la declaración de nulidad de un acto en el proceso penal y no a la invalidación de este acto en particular, circunstancia que se rige por los institutos ya vistos.

Esta trascendencia se aplica a todos los actos anteriores, posteriores y contemporáneos al acto viciado. Por otra parte, esta proyección sobre otros actos anteriores y posteriores no requiere sólo que estén antes o después, sino que sean su antecedente o consecuente legal.

Es por ello que el Código Procesal Penal, siguiendo la línea de los ordenamientos procesales modernos, exige que el Juez Penal de Garantías, Tribunal de Sentencia y/o Tribunal de Apelaciones que declare al nulidad señale a qué actos afecta esta sanción.⁵⁸

⁵⁷ “Conforme a la redacción del artículo en estudio, la nulidad decretada de un acto ejerce su influencia anulando todos los efectos o actos consecutivos que dependen de dicho acto. Con la salvedad de que cuando la nulidad decretada, puede eventualmente producir un grave perjuicio al imputado, no se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, cuando la nulidad se originó en la violación de una garantía previstas a su favor.

⁵⁸ Esta mención debe hacerse en el dispositivo o considerando de la resolución que declare la nulidad, aunque resulta suficiente con simplemente señalar a los actos posteriores sin necesidad de castigarlos también con la máxima sanción, tal como ocurriría si se declara la nulidad de la declaración indagatoria y ésta arrastra la acusación fiscal.

Al declararla, el juez o tribunal establecerá, además, a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por relación con el acto anulado”.⁵⁹

Como primer aspecto, es dable señalar que la nulidad de los actos puede ser declarada en cualquier instancia o grado, es decir, tanto por el Juzgado o Tribunal que intervenía en el momento de producirse el vicio, como por otro Juez o Tribunal de Apelaciones que intervenga posteriormente el proceso.⁶⁰

Esta declaración puede ser realizada de oficio cuando se trata de nulidades absolutas y a pedido de parte, en caso de relativas, en la misma instancia en que se producen, mediante incidente; cabe también la posibilidad que la declaración se postergue al momento de la sentencia definitiva, que deberá resolverse como cuestión previa.⁶¹

Esto resulta de particular importancia toda vez que las nulidades deben siempre valorarse con carácter restrictivo, debiéndolas limitar al mínimo posible, ya que no se debe olvidar que el Derecho Procesal Penal no es **finalista**, es decir, que su objetivo terminal accesorio e instrumental en cuanto representa sólo un medio para la realización del derecho material al que interesa la resolución de los procesos,

⁵⁹ El artículo en estudio expresa por último que al declararse la nulidad por el órgano jurisdiccional competente, deberá hacer mención a cual o cuales actos anteriores o comportamiento alcanza la nulidad por su conexión con el acto anulado: He aquí la razón de ser de la anulación de un acto anterior: su conexión. Es decir que nada la anulación del acto posterior, por consecuencia lógica al acto anterior no consigue lograr el fin que la ley asigna Raúl Washington Abalos, nos trae un ejemplo muy sencillo: “la nulidad de la notificación determina la nulidad de la citación”. Estas son la situaciones prácticas en que la nulidad declarada por el órgano jurisdiccional, alcanza a los actos anteriores y contemporáneos por imposición legal”. (Código Procesal Penal Comentado, Miguel Oscar López Cabral, pág. 202)

⁶⁰ “El efecto fundamental de la declaración de nulidad es la privación de todos sus efectos al acto procesal defectuoso, y a todos actos posteriores que dependen de él. Esta situación no ofrece mayores reparos. Se produce como lógica consecuencia de la dependencia del acto consecutivo. Por ejemplo, la constitución del imputado se debe realizar por cédula de notificación en el domicilio real; los vicios en el acto procesal acarrearán necesariamente la nulidad de todos los actos que se hayan realizado sin la debida presencia del imputado. La ley procesal igualmente expresa: Al momento de la declaración, el tribunal deberá establecer cuales actos anteriores o contemporáneos, serán afectados con los alcances de la nulidad del acto defectuoso (Art. 171 C.P.P.), estos dos casos de alcance difuso sobre los actos anteriores o contemporáneos deben surgir, al decir de Vincenzo Manzini, de una vinculación íntima” (Codigo Procesal Penal Comentado, Miguel Oscar López Cabral, pág. 204).

⁶¹ Tal sería el caso si se trata de un caso de nulidad que pudiera invalidar el proceso, deberá resolverse la cuestión por vía incidental para evitar la tramitación de un proceso inválido, con el dispendio jurisdiccional que evidentemente ocasionaría.

limitando la nulidad de los actos procesales a aquellos casos en los cuales la tolerancia del defecto formal resulta incompatible con la debida protección de los derechos.

Para poder entender mejor, me voy a los ejemplos prácticos, el peritaje orientativo que realiza un juez para confirmar la seriedad o verosimilitud de una denuncia por contaminación del medio ambiente. Aquí no se debe cumplir con los requisitos legales para la realización de exámenes periciales aunque, por obvia consecuencia, tampoco tendrá valor probatorio como prueba directa sino solamente fuerza indiciaria.

Es sabido, que esta declaración de nulidad tiene como consecuencia dejar carente de efectos jurídicos el acto viciado motivado por la irregularidad fulminada con sanción de nulidad. No obstante, debe señalarse como el proceso penal se encuentra integrado por diferentes actos vinculados entre sí por un nexo de validez apareciendo unos como presupuesto de los otros y éstos, a su vez, como presupuestos de los posteriores, resulta de fundamental importancia determinar la existencia de la nulidad de un acto procesal en relación con los posteriores, anteriores y concomitantes.⁶²

Extensión⁶³. Debemos hablar de dos tipos de actos, los anteriores o simultáneos y los posteriores.

⁶² En la exposición de motivos del Anteproyecto del Código Procesal Penal se lee que: “La declaración de nulidad del acto viciado anula todos sus efectos y también los actos que dependen de él, por consiguiente, la resolución judicial deberá establecer taxativamente a cuales actos anteriores o contemporáneas alcanza la nulidad por conexión del acto anulado. Cuando la nulidad del acto viciado se funde en la violación de una garantía prevista a favor del imputado, no se podrá retrotraer el proceso a etapas anteriores a la posible nulidad, ya que todo el sistema de nulidades se basa en el desarrollo de las garantías procesales de las partes y bajo pretexto de ello no se les debe causar perjuicios. El anteproyecto, en ese sentido, ha regulado el reenvío a otro tribunal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación. El Tribunal podrá anular total o parcialmente la sentencia y ordenará nuevo juicio por otro Juez o Tribunal. Si la anulación fuere parcial, indicará el objeto concreto del nuevo juicio. Se debe tomar en cuenta que no existe un recurso especial de nulidad, ya que la posibilidad de alegarla esta contenida dentro de las facultades impugnativas de la Apelación y la Casación”.

⁶³ En esta parte del trabajo seguimos el bien logrado trabajo de Sergio Gabriel Torres. Nulidades en el Proceso Penal, pág 71 y siguientes, por ser prolija y de muy buena didáctica.

Actos anteriores o simultáneos: Manzini expresa que los actos a los que nos referimos sólo son los actos procesales, quedando fuera los preprocesales que al ser autónomos no siguen la suerte de los primeros.

El nexo que une al acto declarado nulo con los anteriores, señala el citado autor, puede ser solamente genérico o también específico.

Debe rechazarse la conexión genérica, ya que no basta la común orientación de los actos hacia el fin último del proceso toda vez que es característica de todos los actos, aun de los que son independientes, ya que se reputa nulo y, por ende, tendría una sola consecuencia: provocar la nulidad de todo el procedimiento, sin importar que los actos que lo componen hayan sido perfectamente realizados.

Debe admitirse, en cambio, la conexión específica, es decir, el íntimo nexo que puede aproximar uno o más actos anteriores al declarado nulo, de manera que éste impida al anterior o concomitante conseguir su objetivo.

Actos posteriores: estos actos, para ser considerados nulos, deben depender del írrito. Siguiendo al mismo autor, entendemos que el vínculo de dependencia consiste, además de la relación causal, en cualquier relación por la que resulte que el acto posterior trae su origen exclusivamente del acto nulo y tiene en él su presupuesto lógico y su única razón determinable.

La doctrina **los frutos del Árbol Venenoso**. Esta doctrina se fundamenta, genéricamente, en la imposibilidad de utilizar como elemento convictivos en un proceso penal, pruebas obtenidas mediante la violación de garantías constitucionales.

Peros tal como advierte José Cafferata Nores⁶⁴ se relaciona con la invalidez del uso en el proceso de elementos probatorios, que sin ser el **corpus** de la violación constitucional (por ejemplo el allanamiento ilegal, la confesión forzada, etc.) se pudieran conocer y utilizar por ella.

⁶⁴ Los frutos del árbol envenenado. Publicado en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 491

De lo expuesto, se desprenden dos aspectos: uno, vinculado con la prueba propiamente dicha llevado a cabo con violación de las normas constitucionales, y otro relacionado con las restantes pruebas obtenidas mediante aquella actividad ilegal.

De la primera, pocas consideraciones pueden realizarse ya que ninguna cabe que dicha prueba es nula, de nulidad absoluta, y, por consiguiente, declarable de oficio.

Sólo cabe señalar que, tal como venimos sosteniendo en este trabajo, el vicio debe contener, en forma actual o potencial, un **perjuicio** ya que no es posible declarar la nulidad en el solo beneficio de la ley.

Resumiendo, podemos decir a los efectos jurídicos que puede producir la declaración de nulidad debemos señalar que la misma consiste en la privación de los efectos que normalmente debe producir un acto procesal válido, abarcando también la sanción a todos aquellos actos que le precediere, cuya apreciación queda exclusivamente a cargo del órgano jurisdiccional, con la excepción de que cuando la causal de la nulidad sea la violación de una garantía prevista a favor del imputado, en ningún caso, ni bajo pretexto alguno, se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, con graves perjuicios para el imputado, cuando la nulidad se funde en la violación de una garantías prevista a su favor. El juez o tribunal que declare la nulidad de un acto o resolución debe mencionarlo en forma expresa en su resolución a cual o cuales actos se refiere.

Abundando en otras consideraciones respecto al tema, se puede sostener que el efecto principal desde el punto de vista jurídico que produce el hecho de declarar la nulidad de un acto procesal es que anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él, lo cual significa que todos los **actos anteriores en el que se**

sustenta y sirva de antecedente inmediato al que fuera declarado nulo, carecerán igualmente de eficacia jurídica.⁶⁵

Procedimiento para solicitar la Nulidad. Son varias las vías para reclamar la nulidad de un acto procesal defectuoso. Entre ellas podremos enunciar a los recursos, (Apelación Especial de la Sentencia de Primera Instancia; el Recurso extraordinario de Casación; y el Recurso de Revisión) al incidente de nulidad y a la excepción.⁶⁶

El recurso de Apelación Especial de la Sentencia de Primera Instancia, procede contra las sentencias definitivas dictadas por el Juez de Paz o el Tribunal de Sentencia contra las sentencias definitivas dictadas por el Juez de Paz o el Tribunal de Sentencia en un juicio oral, en razón de la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal.

El recurso extraordinario de Casación que procede contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Apelaciones en los casos de condenas graves, sólo cuando se alegue inobservancia o violación de un precepto constitucional, o en los casos de jurisprudencia contradictoria o de sentencias arbitrarias.

El recurso extraordinario de Revisión que procede contra la sentencia de condena en todo tiempo, no es otra cosa sino que una demanda de nulidad con fundamentos en nuevos elementos de prueba, en la existencia de prevaricato, cohecho, violencia, argumentación fraudulenta, etc.

En el caso de incidentes, aunque no esté previsto en forma expresa el de nulidad, se le debe emplear como vía normal de indefensión o sea, ausencia de las garantías del debido proceso. También puede ser utilizada esa vía para impugnar

⁶⁵ Sin embargo, existe excepción al principio precitado, en el sentido de que no se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores cuando exista el riesgo de causar un grave perjuicio a los intereses del imputado o bien cuando la nulidad se funde en una garantía consagrada en su favor.

⁶⁶ Por otra parte, de conformidad a los principios que rigen la actividad procesal defectuosa, es conveniente que la interpretación de las normas sobre declaración de nulidad, se las realice restrictivamente o limitarlas en la medida de lo posible, porque funciona como medida de ultima ratio.

un acto procesal que por ser parte y no oficiosa, no puede ser impugnado por la vía del recurso: Este medio procesal debe ser utilizado de manera muy restrictiva, puesto que procede por defecto del saneamiento o de la convalidación.

A través de la excepción de podrían alegar nulidades substanciales del procedimiento como ser la constitución de los tribunales, la falta de acción del Ministerio Público, los impedimentos legales para proseguir el procedimiento (como cuando se juzga a mayores y menores de edad al mismo tiempo, etc.).

El tema de los efectos de las nulidades suele ser bastante complejo, desde aquella afirmación del maestro Francisco Carnelutti, quien expresaba que la declaración de nulidad tiene una capacidad difusiva, explicando así, que una vez declarada la nulidad del acto necesariamente acarrea la invalidez de actos anteriores, contemporáneos y consecuentes.⁶⁷

Siguiendo a Miguel Oscar López Cabral, tenemos que: “Como se podrá observar el nuevo Código Procesal Penal, nos plantea una nueva forma de comprender el régimen de la actividad procesal defectuosa. Esta nueva forma ya fue explorada por la jurisprudencia nacional, dentro de las limitaciones propias de una norma más que centenaria.

La nulidad del acto procesal, como la sanción procesal más grave, ya no será el único medio con que cuenten los operadores del sistema penal. Se extiende ante nosotros una nueva serie de posibilidades que tienen como finalidad primordial mejorar los estándares de justicia. Se ha mantenido la simpleza en la clasificación de las nulidades, esto implica necesariamente el aprovechamiento de una rica jurisprudencia nacional. El saneamiento y la convalidación de los actos viciados serán instrumentos fundamentales para el cumplimiento del principio constitucional de economía procesal. Finalmente, la profunda transformación del sistema de nulidades, ha tenido como norte evitar los abusos a que han sido expuestos los justiciables, generados por chicanas que han significado en definitiva la postergación

⁶⁷ Código Procesal Penal. Miguel Oscar López Cabral, pág. 203

del conflicto social –eternizado en el proceso –y el mantenimiento de la prisión preventiva”.⁶⁸

Nulidades Absolutas y Relativas. Ideas para su distinción. En el derecho procesal penal, se habla actualmente de dos tipos de nulidades: las absolutas y las relativas, abandonando ya los otros tipos o clasificaciones de nulidades, como ser las genéricas, virtuales, etc.

Ahora bien –entiendo –de que la doctrina procesal penal no se han desarrollado de manera suficiente, desde el punto de vista conceptual, criterios teóricos para trazar la distinción entre nulidades absolutas y relativas en el proceso penal.

Es nuestra intención exponer y fundamentar alguna opinión –que se explicitará, a su vez, en ciertos postulados –que sirva como instrumento teórico a los fines de tan difícil empresa.⁶⁹

Es casi innecesario decir o justificar la importancia que tiene, por sus consecuencias prácticas, saber y, en consecuencia, decidir en el proceso penal si se está frente a una nulidad absoluta o relativa.

Se afirma, de manera uniforme, que las **nulidades absolutas** no solo pueden ser declaradas en cualquier estado y grado del proceso, sino que deben ser declaradas de oficio, pueden ser peticionadas por cualquiera, aunque haya participado en su producción y no son convalidables.

A contrario sensu, se sostiene que las **nulidades relativas** deben ser planteadas en debido tiempo, no pudiendo ser declaradas en cualquier momento; no son

⁶⁸ Código Procesal Penal Comentado, pág. 204.

⁶⁹ O, por lo menos pretendemos, en caso de que la idea presentada no sea útil para el objetivo en cuestión, que la misma sirva como punto de partida de una discusión sobre el tema, generando así la reflexión en el ámbito donde debe encontrarse la solución.

declarables de oficio, solo la puede invocar quien no ha participado en su producción y son convalidables.

Es dable señalar que no es una cuestión simplemente doctrinaria o teórica distinguir ambas nulidades (absolutas y relativas), sino que las consecuencias prácticas difieren considerablemente según una nulidad sea calificada como absoluta y relativa.

Siguiendo al procesalista Nelson R. Pessoa⁷⁰ tenemos que:

“Un criterio incorrecto para distinguir nulidades Absolutas y Relativas. No es infrecuente, a la hora de ensayar la distinción de referencia, que se use el siguiente razonamiento (al que calificamos como incorrecto): las nulidades absolutas y relativas se diferencian entre sí por estas notas: las primeras son declarables de oficio, en cualquier estado y grado del proceso; pueden ser peticionadas por cualquier sujeto; no son convalidables, etcétera.

Las segundas, en cambio, se caracterizan porque no pueden ser declaradas de oficio y se presentan las peculiaridades de oficio y se presentan las peculiaridades opuestas, en cada caso, a las que caracterizan a las nulidades absolutas.

Realmente llama la atención que no se advierta la total ineficacia conceptual de esta manera de pensar. Intentaremos mostrar la falencia que contiene este tipo de razonamiento. Trabajaremos con un ejemplo a fin de demostrar lo que venimos postulando.

Imagine el lector que nos enfrentemos a un caso concreto: que debemos decidir si determinada irregularidad que presenta un acto procesal se trata de una nulidad absoluta o relativa.

⁷⁰ Las Nulidad en el Proceso Penal, pág. 116.

Pongamos, como hipótesis de trabajo, el siguiente caso: se plantea la nulidad de la requisitoria fiscal de elevación de la causa a juicio oral y público, por defectos de forma de la acusación.

Imaginemos también que esta nulidad es planteada por el defensor del imputado condenado al interponerse un recurso de casación (y convengamos en que, efectivamente, la acusación fiscal adolece de tales defectos).

Ahora tenemos que decidir, comprobadas tales irregularidades del acto procesal de nuestro ejemplo, si la nulidad en cuestión es absoluta o relativa.

Para resolver el problema tenemos el criterio que impugnamos por ineficiente. ¿Qué nos dice el mismo? Que una nulidad absoluta es la declarable de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, que no es convalidable, etc., y que una nulidad relativa es declarable de oficio, que solo puede ser declarada en determinado momento procesal, que es convalidable, etcétera.

Habíamos convenido en que la naturaleza de la nulidad del requerimiento de elevación de la causa a juicio oral y público era planteada al interponerse el recurso de casación.

Ahora, véase lo siguiente: sabemos que la nulidad absoluta es declarable de oficio, en cualquier momento procesal, etc. y que, en cambio, la nulidad relativa tiene las notas opuestas.

Pero, y esto es lo importante, lo que no sabemos es si esta concreta irregularidad procesal que ahora debemos decidir es una nulidad absoluta o relativa.

El criterio que criticamos no nos suministra ayuda conceptual alguna para resolver qué tipo de nulidad es la que tenemos frente a nosotros.

A modo ilustrativo, verbigracia. Sabemos que la nulidad absoluta es declarable en cualquier momento procesal y que la nulidad relativa solo puede declararse en los momentos determinados legalmente.

Así las cosas, si la nulidad del requerimiento fiscal es relativa, ya no podría ser declarada durante el trámite del recurso de casación; en cambio, si es absoluta, puede ser declarada en dicho momento; o, si es absoluta, advertida por la Sala Penal de la Corte tal irregularidad, la misma puede serlo si es relativa.

Todo eso sabemos, pero lo que no sabemos –pues el criterio que impugnamos no nos da elemento alguno –es si esta nulidad con la que nos enfrentamos es absoluta o relativa. Si es absoluta, podrá ser declarada de oficio, etc.; y, si no lo es, no podrá serlo.

En síntesis, desde el punto vista lógico conceptual los términos del problema debe plantearse así: las notas o cualidades que distinguen las nulidades absolutas de las relativas son ciertas características –que no fueron explicitadas– que tienen como efecto o consecuencia que las primeras sean declarables de oficio, en cualquier momento procesal, etc. y que, por el contrario, hace que las segundas no pueden ser declaradas de oficio, que solo pueden serlo en ciertos momentos, etcétera.

Otro razonamiento incorrecto para resolver el problema⁷¹. En el ámbito de nuestros Tribunales, se suele usar un segundo tipo de razonamiento para resolver el problema de la distinción entre nulidades absolutas y relativas.

Como el mismo es usado con preocupante frecuencia en las decisiones judiciales, nos interesa de manera especial ponerlo claramente de manifiesto y luego criticarlo a fin de mostrar sus graves falencias conceptuales.

Presentaremos el problema a través de un ejemplo.

⁷¹ Obra citada, pág. 119

Imaginemos que en el curso de un debate (en el juicio oral y público), en el momento en que el Tribunal ordena la incorporación por lectura del acta de un allanamiento de domicilio, se plantea la nulidad del acto en cuestión.

Supongamos, como hipótesis de trabajo, el siguiente caso: la policía nacional llevó a cabo el acto de allanamiento “en prosecución” sin autorización judicial, en razón de entender que se daba en el caso de alguna de las situaciones previstas en el art. 239 del Código Procesal Penal.

Pensemos que la defensa del imputado impugna el acto en cuestión, argumentando que las concretas circunstancias del caso no configuraron los supuestos normativos que autorizan a la policía a allanar un domicilio sin orden judicial, por lo que, la autoridad policial debió requerir la orden del Juez Penal de Garantías o del Juez de Paz en los casos que la ley procesal lo autoriza, y que al faltar tal requisito, el acto es nulo y de carácter absoluto, solicitando que así se declare.

Ante este tipo de situación –planteo la nulidad– suele usarse, por nuestros Tribunales, un razonamiento que puede resumirse en estos términos: habiendo vencido el término para plantear la nulidad no corresponde hacer lugar a la misma (téngase presente la modalidad del ejemplo, se peticiona la nulidad de un acto inicial del procedimiento, allanamiento del domicilio realizado por autoridad policial, en el curso del debate en el momento de incorporación por lectura del acta respectiva).

Téngase presente también que el defensor plantea la nulidad absoluta del acto en cuestión. Y como se trata de una nulidad absoluta puede ser solicitada en cualquier momento procesal.

En este tipo de situación se pone de manifiesta, en forma evidente, que el razonamiento que criticamos es incorrecto por una sencilla e irrefutable razón: si tenemos presente que las nulidades absolutas pueden ser declaradas en cualquier

momento procesal, y si en la petición de la nulidad de nuestro ejemplo, se sostiene precisamente tal calidad de nulidad, es un grave contradicción no tratar y resolver si la irregularidad en cuestión se trata de una nulidad absoluta o relativa, tema en cuestión que debe decidirse conforme a cierto criterio conceptual.

El tribunal podrá desestimar la petición por extemporánea, y además, por considerarlo como una **nulidad relativa**; pero si se trata de una **nulidad absoluta**, el tribunal deberá así declarar, sin importar el momento procesal, y no podrá decirse – en forma gravemente contradictoria– que no se puede declarar la nulidad pues venció su tiempo de alegar, si la misma se puede plantear en cualquier momento por ser ella absoluta.

Esta fuerte contradicción pone de manifiesto de manera irrefutable que el criterio que impugnamos es insostenible.⁷²

⁷² Tal como expresa LINO ENRIQUE PALACIO, en su obra “A propósito de las llamadas nulidades absolutas en el proceso penal”, que: “..no es frecuente que la Corte Suprema haya hablado explícitamente de “nulidades absolutas” en el proceso penal (aunque no se puede decir que no existan fallos en tal sentido).