

del poder, y retenerlo hasta que el comunismo sea aceptado de una manera prácticamente universal, lo cual, admiten los bolcheviques, puede llevar mucho tiempo. Pero *el poder es dulce y pocos hombres renuncian a él voluntariamente*. (...) ¿No es casi inevitable que hombres situados como los sandinistas están situados..., y como los mismos bolcheviques afirman que los comunistas tienen que situarse dondequiera que triunfe la revolución social, no sientan inclinación alguna a abandonar el monopolio del poder, y encuentren razones para conservarlo...? ¿No les sería fatalmente fácil, sin alterar la estructura económica [socialista], *decretar salarios elevados para los altos funcionarios del Gobierno, y reintroducir así las antiguas desigualdades de riqueza?* ¿Qué motivos tendrían para no hacerlo así?... y si la naturaleza humana es como los marxistas afirman que es, ¿por qué los gobernantes iban a abandonar semejantes oportunidades de provecho egoísta?" (*op. cit.*, pp. 135-137). "La evolución más probable es, naturalmente, que aquellos que detentan prácticamente el poder en el momento de la victoria —aquellos jefes revolucionarios que hayan sobrevivido a la lucha por el poder y las diversas purgas, junto con las respectivas camarillas— pasen a formar la nueva clase gobernante de la nueva sociedad, una suerte de *nueva aristocracia o burocracia* que, por lo demás, procurará seguramente *ocultar* este hecho. Para ello, lo más conveniente será retener el máximo posible de la ideología revolucionaria, sacando partido de los sentimientos que la nutren, en lugar de malgastar el tiempo en vanos esfuerzos para destruirlos (de acuerdo con el consejo de Pareto para todos los gobernantes [V. Pareto, *Tratado de Sociología general*, § 1843]). Y parece bastante probable, también, que puedan hacer el uso más acabado de la ideología revolucionaria si, al mismo tiempo, *explotan el temor a movimientos contrarrevolucionarios*. De esta manera, la ideología revolucionaria les servirá para fines apologeticos, *a manera de justificación del uso que hagan del poder y como medio para estabilizarlo; en pocas palabras, como un nuevo 'opio de los pueblos'*" (K. R. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, tr. de Eduardo Loedel, Paidós, Barcelona, 1982, p. 318; la edición original es de 1945). "El venderse a los capitalistas no es la única forma posible de traición. También es posible, *una vez adquirido el poder, utilizarlo para los propios fines* y no para los fines del pueblo. Eso es lo que creo posible que ocurra en...: el establecimiento de *una aristocracia burocrática, con la autoridad concentrada en sus manos, y que cree un régimen tan opresivo y cruel como el capitalismo*" (Russell, *op. cit.*, p. 118). "Los hábitos de poder intensifican la pasión de la rivalidad; en consecuencia, un Estado en el que el poder esté concentrado será, a igualdad de las demás cosas, más belicoso que un Estado en el que el poder esté difundido. Para los que no gustan de la guerra, ese es un argumento adicional contra todas las formas de dictadura. Pero el disgusto por la guerra es mucho menos común de lo que estamos acostumbrados a suponer; y los que gustan de la guerra pueden utilizar el mismo argumento para la defensa de la dictadura" (*ibid.*, pp. 114-115). [Las cursivas en los pasajes transcritos no pertenecen a los textos de referencia, sino que han sido añadidas aquí.] *Vid.* también *supra*, las notas que van de la 8 a la 11.

## LAS NULIDADES EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

"Agrupación de Estudios Jurídico Penales"

Licda. Isabel Porras Porras

Lic. Carlos A. Jovel Sánchez

Lic. Carlos A. Chávez Solera

Lic. Jorge Rodríguez Rodríguez

Lic. Leovigildo Rodríguez Anchia

Funcionarios del Poder Judicial  
Costa Rica



SUMARIO:

*Sección I. Nulidades en el proceso penal*

- 1.1. Introducción.
- 1.2. Concepto.
- 1.3. Sistemas de nulidades.
- 1.4. Diferentes tipos de nulidad.

*Sección II. Enfoque práctico del tema*

- 2.1. Sumario: Los sistemas de nulidades adoptados en nuestro ordenamiento.
- 2.2. La declaratoria del vicio, acción preventiva del órgano jurisdiccional.
- 2.3. Legitimación de los sujetos procesales para pedir la declaratoria del vicio.
- 2.4. La subsanación del vicio.
- 2.5. Efectos de la declaratoria de nulidad.
- 2.6. Recapitulación.
- 2.7. Breve enfoque de los actos pre-procesales y a la actividad de los tribunales de alzada en torno a las nulidades.

SECCION I

*NULIDADES EN EL PROCESO PENAL*

I. *Introducción*

Las nulidades no pertenecen, exclusivamente, a alguna rama del Derecho, pese a ser propias en un inicio del campo del Derecho Privado, por habérselas elaborado particularmente en el civil. Su repercusión y trascendencia en las diferentes ramas ha motivado la creación de una teoría general, lo que por sí demuestra que su estudio es complejo y de gran magnitud, siendo que las nociones básicas sobre nulidades son genéricas y comunes a todo el derecho, aunque posteriormente las soluciones se desvían teniendo en consideración la especial naturaleza de la rama o disciplina jurídica de que se trate. Así, Couture reza que la "teoría de la nulidad" es de carácter general a todo el derecho y no particular a cada una de las ramas. Pero también por las razones anticipadas se comprende que una vez admitidas ciertas nociones que forman la base de toda concepción acerca de la nulidad, comunes a todos los campos del Derecho, las soluciones se desvían y se hacen específicas, particulares a cada una de las ramas del orden jurídico.<sup>(1)</sup> Empero, el presente estudio tiene como meta, previa exposición de algunas nociones generales y doctrinales, el análisis de las nulidades en el Proceso Penal Costarricense, con el objeto de determinar y aclarar el sistema empleado por nuestro Código, y otra serie de aspectos importantes.

1.2. *Concepto*

Se inicia este estudio con la significación del término al cual se referirá el presente. J. Escriche define nulidad como "el estado de un acto que se considera como no sucedido y el vicio que impide a este acto el producir su efecto".<sup>(2)</sup> Hugo Alsina manifiesta que la nulidad "es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello".<sup>(3)</sup>

(1) COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 374.  
 (2) ESCRICHE, J. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Librería Bouret, París-México, 1925, p. 1285.  
 (3) ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, segunda edición. Tomo I, Buenos Aires, 1956, p. 627.



Por su parte Ricardo Núñez agrega que "la nulidad es el vicio que afecta un acto consistente en la omisión de una forma o de un requisito legalmente necesaria para su validez".<sup>(4)</sup> Sergio García Ramírez dice que "la realización de un acto procesal fuera de las condiciones o al margen de los requisitos que la ley señala para su perfección y plena eficacia, conduce a la noción del acto defectuoso en sus diversos grados".<sup>(5)</sup> Carlos Rubianes, en su análisis sobre el tema, expone que "el acto procesal es nulo cuando así lo declara judicialmente, con motivo de no haberse observado formas determinadas por la ley para su constitución, lo que determina que no produzca ningún efecto jurídico en el proceso".<sup>(6)</sup> Por último, dada la concordancia existente entre los diferentes tratadistas sobre la definición del término nulidad, Clariá Olmedo, expone que la nulidad procesal es la más importante sanción de los actos del proceso. "Consiste en una conminación legal, expresa o tácita, por la cual han de declararse inválidos determinados actos procesales cumplidos sin observar las disposiciones exigidas para su realización".<sup>(7)</sup>

Se ha mencionado a lo largo de las diferentes conceptualizaciones expuestas que la nulidad procede cuando determinados actos no cumplen o no se han observado para su realización los requisitos exigidos por ley. Debe entenderse que estos requisitos atañen a la capacidad del que ejecuta el acto; a la intervención necesaria de ciertas personas en él o al resguardo de la situación procesal de los interesados en él, por cuanto "la nulidad impide los efectos jurídicos del acto y se debe a defectos de forma, capacidad, representación o competencia".<sup>(8)</sup> A tenor de Clariá Olmedo, se menciona que "la nulidad como sanción se muestra como un medio práctico para retomar el curso normal del proceso, cuando por causa de la actividad procesal irregular cumplida se ha desviado de sus fines o ha alterado algún principio fundamental para su inicio, desarrollo o finalización".<sup>(9)</sup> Posteriormente agrega que "la regla" es clara: sólo en la ley ha de encontrarse la distinción entre requisitos esenciales o meramente accidentales de la actividad procesal cumplida, a ella deben someterse las partes para reclamar la nulidad con éxito, y el Juez para declararla. Si la ley no conmina con la nulidad la inobservancia de sus disposiciones en forma expresa, sea con

(4) NUÑEZ, Ricardo. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1978, p. 139.

(5) GARCIA RAMIREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Segunda edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1977, p. 267.

(6) RUBIANES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 481.

(7) CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, Ediar, 1964, p. 186.

(8) DEVIS ECHANDIA, Fernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I, Décima Edición, Editorial, A.B.C., Bogotá, 1985, p. 593.

(9) CLARIA OLMEDO, Jorge. *Op. cit.*, p. 186.

criterio específico o con un criterio genérico, la formalidad o inobservancia no se considera esencial, por tanto, no será posible aplicar la sanción de nulidad".<sup>(10)</sup>

Mario Oderigo, en su estudio, manifiesta que "las Leyes Procesales:

- a. Declaran el carácter excepcional de las nulidades;
- b. Determinan taxativamente las causales de nulidad;
- c. Admiten su saneamiento en algunos casos".<sup>(11)</sup>

Es necesario tener presente que el Derecho Procesal es accesorio y su naturaleza meramente instrumental, en cuanto al derecho procesal representa sólo un medio para la realización del derecho material, siendo imprescindible limitar la nulidad de los actos procesales a aquellos casos en los cuales la tolerancia del defecto formal resulte incompatible con la debida protección de los derechos. Así Ricardo Levenne expone que "teniendo en cuenta que las normas procesales penales son de orden público, y que es fundamental la estabilidad del ordenamiento procesal, conciliando los derechos de la sociedad con los del imputado, es conveniente que la ley determine en lo posible cuáles actuaciones son esenciales para el objeto y fines del proceso, como ser las que garantizan la inviolabilidad de la defensa, y agregue la nulidad como sanción para el caso de incumplimiento".<sup>(12)</sup> Lo anterior por cuanto y como bien se manifiesta por parte del Vincenzo Manzini "no toda irregularidad procesal es sancionada con nulidad".<sup>(13)</sup>

### 1.3. Sistema de nulidades.

En la doctrina se han elaborado diferentes sistemas de nulidades, siendo los siguientes los más importantes:

- a. Sistema de especificidad: únicamente puede declararse la nulidad de los actos procesales, expresamente previstos por la Ley (*Pas de nullité sans texte*);
- b. No hay nulidad sin haberse sufrido un perjuicio por una de las partes (*Pas de nullité sans grief*);
- c. No hay nulidad si el acto procesal ha conseguido el fin propuesto por la ley;

(10) *Ibid.*, p. 197.

(11) ODERIGO, Mario. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952, p. 363.

(12) LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. II edición, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1967, pp. 99-100.

(13) MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 58.



- d. El que libra la consecuencia de los vicios de forma a la sola apreciación de los jueces, quien a su arbitrio podrá o no declarar la invalidez del acto procesal (Judicialista);
- e. No hay nulidad de forma si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio (Principio de trascendencia);
- f. Toda contravención a la ley procesal importa la nulidad (Principio formalista).

El Dr. Luis Guillermo Herrera menciona que "de la regla general contenida en el artículo 144 del Código de Procedimientos Penales se desprende que nuestra legislación ha adoptado —en principio— el sistema de especificidad. . . en principio, porque no puede un sistema bastarse a sí mismo, sin recurrir a los demás principios que los otros sistemas ofrecen, a tal punto que el mejor sistema será el que pueda integrar en forma coherente y racional, todos los principios que conviven en el seno de la teoría de las nulidades procesales".<sup>(14)</sup> Ello debe ser así, con el único objeto de lograr un sistema que mantenga el equilibrio entre las potestades del Juez y la de las partes procesales.<sup>(15)</sup>

#### 1.4. Diferentes tipos de nulidad.

Habíase dicho que hemos de entender por nulidad la sanción, expresa, implícita o virtual que la ley establece cuando se ha violado u omitido las formas por ella preordenadas para la realización de un acto jurídico al que se priva de producir sus efectos normales. Es necesario agregar que "cuando mayor sea esa desviación o apartamiento respectivo de los requisitos impuestos al acto por la ley, mayor ha de ser el grado de ineficacia con que deberá ser sancionado".<sup>(16)</sup> Así, desde el punto de vista doctrinal se ha elaborado todo un sistema en los diferentes tipos de nulidad, v.gr. Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada los llaman actos procesales defectuosos, divididos en actos nulos y actos irregulares, dejando fuera la categoría de actos inexistentes. Los actos nulos pueden ser absolutos o relativos.<sup>(17)</sup> Por su parte Miguel Fenech manifiesta que los vicios de los

- (14) HERRERA, Luis Guillermo. *Las Nulidades en el nuevo proceso penal*, Revista Judicial, N° II, marzo de 1979, San José, p. 65.
- (15) Si se quiere ahondar en este tema, véase: HERRERA, Luis Guillermo, *Op. cit.*, pp. 65-71; COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, pp. 386-397.
- (16) *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XX, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1982, p. 539.
- (17) Véase: GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, VIII edición, Artes Gráficas, S.A., Madrid, 1975, pp. 117-118.

actos procesales pueden ser de dos órdenes: actos defectuosos y actos ilícitos. Los primeros los divide en actos nulos y actos irregulares, subdividiendo los primeros en cuatro órdenes: inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa y anulabilidad.<sup>(18)</sup> Carlos Rubianes y Hernando Devis Echandía hablan de actos inexistentes, actos nulos en su modalidad de Nulidad Absoluta y Relativa.<sup>(19)</sup> Entre los autores que comparten esta distinción están Couture, Aisina, Chiovenda, Rosenberg. Otros autores distinguen las nulidades en absolutas y relativas, clasificación que ha sido adoptada por casi todas las legislaciones modernas, inclusive el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica. Entre ellos Brenes Córdoba, De La Plaza, Carnelutti, Liebman, Guasp, Clariá Olmedo.<sup>(20)</sup> Siendo así las cosas y retomando criterios de algunos autores apuntados anteriormente, expondremos la división de actos nulos absolutos y actos nulos relativos, no sin antes dedicar algunas líneas al acto inexistente.

#### a. Acto inexistente.

Se dice que la inexistencia constituirá el grado máximo de la nulidad. Sin embargo, el acto inexistente no es un acto, sólo impropriamente puede denominarse como tal. Constituye un no acto, un simple hecho material, o si se quiere un acto artificial aparente. Por consiguiente, no puede hablarse de nulidad en un acto que no existe. Enrique Jiménez menciona que "el acto inexistente no es tal en la realidad sino una mera apariencia por corresponderse con un estado jurídico en el que faltan los elementos necesarios para que fuera viable. Una especie de aborto jurídico. . .".<sup>(21)</sup> Se indica que el acto inexistente es aquél que presenta vicios de una gran gravedad por no cumplir con los requisitos mínimos exigidos por la ley para el acto.<sup>(22)</sup> Leone indica que la inexistencia ocurre cuando lo que se presenta es la ausencia, no defecto, de alguno de los presupuestos procesales.<sup>(23)</sup> El acto inexistente, además de no producir efectos jurídicos, no puede ser nunca subsanado, ni necesita ser invalidado, y por consiguiente, carece de todo efecto. En conclusión y como ha sido apuntado la inexistencia es simplemente una elaboración doctrinal por cuanto la ley no habla de ella.

- (18) Véase: FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, segunda edición, Editorial Labor S.A., Madrid, pp. 633-640.
- (19) Véanse: RUBIANES, Carlos. *Op. cit.*, pp. 481-486; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.*, pp. 589-598.
- (20) Véase: HERRERA, Luis Guillermo. *Op. cit.*, p. 65.
- (21) JIMENEZ ASENJO, Enrique. *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. (s.f.), p. 338.
- (22) Véase: CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso Penal*, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, p. 182.
- (23) LEONE, Geovanny. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p. 728.



b. *Nulidad absoluta.*

En este caso sí nos encontramos ante el grado máximo de invalidez de los actos procesales. La falta de un requisito determina la nulidad absoluta, declarable por el juez de oficio, pudiendo también las partes, naturalmente, excitar el derecho-deber del juez de declararla ex officio. Para Vélez Mariconde "lo importante es que no habrá nulidad absoluta sino cuando la inobservancia de las normas concernientes a sujetos esenciales de la relación procesal, implique violación de principios fundamentales. La correcta interpretación de éstos será siempre indispensable para reconocer la existencia de tan grave amenaza a la vida del proceso".<sup>(24)</sup>

c. *Nulidad relativa.*

Las nulidades relativas son aquellas, a tenor de Clariá Olmedo, establecidas principalmente por el interesado de las partes intervinientes, a los fines de evitar los perjuicios que podría ocasionarle la irregularidad procesal. Cuando se trata de nulidades relativas la aplicación de la sanción está condicionada a la actividad de partes que tengan interés y no la haya causado, la cual debe actuar, oponiéndola dentro de un término perentorio cuya inobservancia implica la decadencia de la facultad y como consecuencia imposibilidad de aplicar la sanción convalidación.<sup>(25)</sup> Retomando lo anterior, podemos afirmar que los actos procesales que se van realizando pueden acusar desviaciones o apartarse de las formas que la ley instrumental ha impuesto para su ejecución. No se trata aquí de infracciones de suma gravedad, puesto que no vulneran principios fundamentales, sino simples errores in procedendo ocurridos durante la sustanciación o decisión del proceso, y que pueden, aún, así, ocasionar perjuicios a los litigantes al restringírseles indebidamente la defensa. Tales actos, a pesar de estar viciados, conservan su eficacia y producen normalmente sus efectos sino se les impugna por los medios y los términos jurídicamente preestablecidos. Por lo tanto, el consentimiento expreso o tácito de la parte a quien el mismo perjudica, trae como consecuencia la subsanación de aquellos vicios o irregularidades.

Por último y de previo a entrar en consideraciones prácticas, se hace necesario reafirmar que nuestro Código Procesal Civil, siguiendo la legislación cordobesa, adoptó el sistema de Nulidades Absolutas y Nulidades Relativas.

(24) VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Ediciones Lerner, Buenos Aires, (s.f.), p. 87. Al respecto Vázquez Iruzubieta y R.A. CASTRO manifiestan que sólo deben ser declaradas de oficio aquellas nulidades que se refieren a las garantías del imputado en cuando hace a su defensa. Véase: VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. y CASTRO, R.A. *Procedimientos Penal Mixto*. Tomo IV, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1973. p. 175.

(25) CLARIA OLMEDO, Jorge. *Op. cit.*, pp. 236-237.

SECCION II

ENFOQUE PRACTICO DEL TEMA

En la siguiente fase de nuestra exposición, y utilizando como guía los conceptos teóricos atrás expuestos, trataremos de aplicar la doctrina de las nulidades al proceso penal costarricense.

Para cumplir con tal cometido, nos permitiremos tomar como asistencia, los estudios que en esta materia vienen incluidos en dos obras fundamentalmente, una, la del tratadista Ricardo C. Núñez "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba", que desglosa los ordinales de dicho cuerpo legal acompañándolos de jurisprudencia y doctrina que resultan sumamente útiles; y la otra, la del tratadista italiano Franco Cordero que en su libro "Ideologie del Processo Penale" dedica un capítulo al tema de las nulidades subrayando algunos aspectos de verdadera relevancia en relación con el tratamiento que se da a las mismas en el ordenamiento procesal penal italiano.

El motivo por el cual se utilizan ambos escritos, encuentra explicación en el hecho de que el contenido de varios de los artículos, que en el comentario iremos mencionando, en sus alcances semánticos y normativos es casi idéntico al que emplea nuestro Código, de manera tal, que lo dicho acerca de unos, es aplicable a los otros casi en forma automática, y esto obviamente permitirá que tracemos un panorama más completo de la situación.

A la par de lo ya indicado nos tomaremos la libertad de hacer una crítica absolutamente constructiva a la forma en que se conducen ante las nulidades, y en algunos casos los sujetos procesales en nuestro país, entre ellos los mismos jueces instructores, los jueces Superiores Penales, y los representantes del Ministerio Público en lo que a ellos toca.

Para introducirnos en el tema, iniciaremos un pequeño desglose de los vicios procesales causantes de nulidades, su clasificación, sus efectos, y los remedios empleados en la legislación, no dejando de tocar otros bemoles que resultan harto importantes.

El enfoque que haremos en esta sección llevará matices esencialmente prácticos, y por ello para una mayor concreción, analizaremos las normas contenidas en los artículos 144 a 150 del Código de Procedimientos Penales, haciendo referencia a sus similares en la legislación italiana y argentina, aquí consideradas, una por su supremacía conceptual y técnica, y la otra por ser antecedente inmediato de la legislación patria.

2.1. Al abordar el tema de las nulidades esencialmente interesa, precisar su naturaleza, sus alcances y efectos, y para ello debe determinarse el o los sistemas adoptados en la legislación de que se trate. En nuestro sistema procesal, adoptamos los dos tipos de conminación del vicio: El



específico<sup>(26)</sup> y el genérico, uno lo reseña el artículo 144 del Código Procesal, cuyos similares son los ordinales 184 y 170 de los Códigos italiano y argentino de Córdoba respectivamente. Aquí se reseña que los actos procesales son nulos únicamente cuando fueren cumplidos en violación de disposiciones expresamente previstas bajo pena de nulidad. Esto significa que si el legislador no estableció la existencia del vicio para condicionar el respeto a la forma procesal exigida dentro del ritual, la sanción de nulidad no puede recaer sobre el acto que no pasará de ser solamente irregular pero no nulo ni anulable. Como veremos luego, la nulidad que se deriva de una previsión expresa será siempre de carácter relativo.<sup>(27)</sup>

El sistema de conminación genérica, aparece en nuestro Código en el artículo 145 y en el italiano y argentino en los numerales 185 y 171 casi en el mismo texto. Tal sistema implica que, significando una excepción para la regla anterior, aún cuando el acto de que se trate no tenga aparejada a la violación de la forma procesalmente exigida, la sanción de nulidad, serán siempre entendidos nulos, aquellos actos cumplidos con inobservancia de las disposiciones concernientes a la capacidad de los jueces y tribunales (abstracta y concreta), a su nombramiento y constitución, también los que violen disposiciones referentes a la intervención y participación del Ministerio Público en el proceso y en los actos en que ésta sea obligatoria, y finalmente los actos cumplidos sin acatar las disposiciones relativas a la intervención, asistencia y representación del imputado, *en los casos y formas que la ley establece*, (el subrayado no es del original) acotación esta última que a pesar del criterio de algunos, reduce el número de nulidades; pues las limita a los casos y formas expresamente exigidas y no a todos los casos indiscriminadamente. En torno a los contenidos y alcances de cada sistema, véase la exposición del autor Jorge Clarió Olmedo reseñada en sección anterior.<sup>(28)</sup> La previsión genérica encuentra justificación en el cuidado que pone el legislador para proteger la normal integración y desarrollo de la relación procesal, véase así, que todos los presupuestos de la norma contemplan los que a su vez son los presupuestos de la relación procesal.

Podemos entender, siguiendo el orden de ideas expuesto, que la única forma de decretar una nulidad en el proceso penal que nos rige, determinando antes su existencia, es observando primeramente si ella está expresamente prevista, analizando los presupuestos y contenidos del acto, sus requisitos y formas, y determinando si la sanción está determinada concretamente en el Código, caso contrario, orientándonos a establecer si pese a su no previsión, se trata de alguno de los casos reductibles en la norma del artículo 145 que sanciona los actos ahí descritos genéricamente con el

decreto de nulidad, teniendo excesivo cuidado en no interpretar extensivamente la norma, —como exige el artículo 3 in fine del Código Procesal—, para no lesionar el interés público y preponderante del proceso, creando nulidades donde no las hay. Finalmente, si observáramos que no estamos ante ninguna de ambos casos, habría que concluir que la nulidad no existe ni debe ser decretada. Recalcamos sobre este primer aspecto, porque creemos que es en él donde más se ha fallado de parte de nuestros jueces, decretando a veces la existencia de nulidades cuando hay una simple violación de formas que produce un acto irregular pero no nulo ni anulable.

2.2. Avoquémonos ahora a analizar el artículo 146 de nuestro Código, cuyos similares son el 187 del Código Italiano y 172 del Código Argentino. Tal numeral nos enfrenta con un problema bastante complejo, a cuyo análisis se dedica el tratadista italiano, Franco Cordero en la obra ya mencionada. La problemática la constituye, la necesidad de determinar cuáles nulidades son declarables de oficio, y cuáles a solicitud de parte, y que consiste la potestad del juzgador de eliminar el vicio?

La relación de este artículo con el 149 ibidem, hacen que de momento turbemos el orden que sigue el Código para referirnos a ambos conjuntamente dejando de lado otras normas intermedias. Principalmente, la conjunción de estos numerales permite utilizar un parámetro para determinar cuáles son las nulidades absolutas y cuáles las relativas en nuestro sistema procesal.

Siguiendo la regla de que solo las nulidades relativas pueden ser susceptibles de subsanación, dado que el vicio que representan es menos lesivo de los intereses procesales que aquel que representan las nulidades absolutas, podemos concluir bajo el texto de la norma, que las nulidades absolutas son también las declarables de oficio, y éstas a su vez son aquellas que paralelamente representan una violación a las disposiciones que contemplan el artículo 145 y a una norma constitucional (excepción hecha del caso que contempla el artículo 350 según veremos); contrariamente, todas las demás son nulidades relativas, declarables a petición de parte únicamente y dentro de ellas como ya se adelantara figuran las utilidades expresamente previstas, quedando sometidas al régimen de subsanación bajo los presupuestos de los artículos 148 y 149. Sobre este punto insistimos también, porque en relación con él surgen la mayoría de equívocos procesales que de suyo son causantes de atrasos injustificados en la tramitación, y de que el sistema vigente parezca en algunos momentos no funcionar.

Continuando la disección de la norma del artículo 146 hay que concluir entonces que todas aquellas nulidades que no importen una violación al artículo 145 por desmejorar la constitución o desarrollo de la relación procesal y a la vez sean lesivas de una norma constitucional, serán declarables exclusivamente a petición de parte. No obstante ello, tratándose de cualquier nulidad este artículo otorga al tribunal la potestad para corregir el vicio si fuere posible.

(26) Son nulidades expresas las contenidas en los artículos... 28, 36, 38, 73, 91, 92, 94, 98, 100, 106, 107, 133, 138, 189, 192, 229, 234, 243, 262, 276, 281, 287, 288, 341, 349, 350, 361, 373, 384, 385, 390, 392, 396, 400, 406, 411, 413 y 483.

(27) V. infra, pág. ...

(28) V. Supra, pág. ...



Sobre este último tópico, y haciendo eco de lo que dice Cordero, pareciera surgir una contradicción, pues cómo podrá el tribunal eliminar el vicio sin declararlo, y estándole vedado declararlo de oficio en la mayoría de los casos hasta esperar la petición de parte?

La interpretación que cabe es la que hace Núñez, al entender la actividad del Juzgador como preventiva del decreto de nulidad y de la propagación del vicio en el proceso, entendiendo además la expresión en sí no obstante que parece genérica, como relativa en sus alcances a que se trate de una nulidad declarable de oficio o a petición de parte, absoluta o relativa, lo que significa que el Juez o Tribunal sólo podrá hacer el decreto de nulidad según sea el caso, de oficio o a pedido de parte cuando ello fuere necesario para enmendar el vicio, pero si el vicio es corregible sin necesidad de ese decreto puede y debe hacer la corrección tanto más en los casos en que la declaración es oficiosa. A nuestro entender, existen casos en que ni es necesario declarar la existencia de la nulidad para enderezar el proceso, y basta con la repetición del acto viciado sin importar la vigencia del mismo. Es así por ejemplo cuando se trata de actos neutros<sup>(29)</sup> o de adquisición de prueba. Por ejemplo, si el instructor luego de recibir un testimonio advierte que el testigo no fue debidamente juramentado, como exige bajo pena de nulidad el artículo 234 del Código de Procedimientos Penales, nulidad que evidentemente es de carácter relativo, podrá, para evitar que el vicio se propague, citar nuevamente al testigo y recibir su declaración con las formalidades del caso, para lo cual no precisa decretar la existencia del vicio, perdiendo el acto viciado su relevancia de facto, al quedar sustituido, no obstante su vigencia, por un acto perfecto y absolutamente eficaz.

Lógicamente, si no pudiere operarse la enmienda del vicio, sin la previa declaratoria de su existencia, deberá el juez sujetarse a las reglas sobre la declaratoria de la irregularidad, pudiendo hacerlo de oficio sólo en los casos en que se le faculta para ello, debiendo en el caso contrario esperar la gestión de parte para examinar la procedencia de la declaratoria.

2.3. Pasamos ahora a examinar la legitimación para hacer el pedido de nulidad. En esto, hay varios aspectos a determinar: así por ejemplo, debe precisarse si la falta de legitimación por el hecho de contribuir a la creación del vicio es aplicable o no al Ministerio Público, y luego, en qué consiste la asistencia de interés a la parte gestionante, que son las dos hipótesis que incluye el artículo 147 del Código Procesal, siendo sus equivalentes 173 y 187 de los Códigos argentino e italiano según su orden.

A nuestro modo de ver la norma cobija tanto al Ministerio Público como a las otras partes, y a éste se le menciona por aparte, quizá por el resabio doctrinal de no considerarlo como parte dada su función imparcial, no obstante, sí es parte en sentido formal. Lo cierto pues es, que el

(29) Ver *Infra*.

Ministerio Público sólo podrá oponer aquellas nulidades que no concurrió a causar cuando el vicio sea de carácter relativo, puesto que la norma hace excepción de las nulidades declarables de oficio, sobre las que no rige esta limitación. El mismo principio obviamente rige para las demás partes y encuentra su razón de ser como dice Núñez al comentar el artículo 173 del Código de Córdoba en que "nadie puede invocar en su beneficio su propia torpeza".

Somos conocedores de algunas interpretaciones dadas a este numeral que se orientan a afirmar que el Ministerio Público queda exento de este límite que rige sólo para las partes, pero si el texto de nuestro Código no es claro, sí lo es el del Código Italiano que literalmente indica en su artículo 187: "Il publico Ministero e le alter apri non passono oporre le nullita alle quali hanno dato o sono concorsi a dar causa..."<sup>(30)</sup> y del cual se entiende la inclusión del órgano acusador.

Resulta importante resaltar la trascendencia de este aspecto en relación al Ministerio Público, puesto que al entender a este como un órgano unitario al que le son imputables las conductas parciales de sus representantes, si uno de ellos ha causado un vicio, no puede venir otro a solicitar su decreto, pudiéndosele rechazar su gestión por falta de legitimación; cosa que a veces es ignorada, y muchas de las nulidades decretadas en los procesos no obstante ser relativas, son declaradas a petición del mismo Ministerio Público y sobre actos que este mismo ha contribuido a viciar. Así por ejemplo muchas veces a pedido del Ministerio Público algunos instructores anulan el requerimiento de instrucción formal, derivando de esto un doble error: primero, decretar una nulidad a pedido de la parte que ha sido causante, y luego decretar una nulidad sin que haya previsión específica de su existencia (véanse los numerales 169 y 170 que a pesar de imponer la forma no aparejan la sanción a su irrespeto) y sin que se lesione el artículo 145 del Código de Procedimientos Penales.

Ocupándonos ahora de lo que significa la asistencia de interés a quien oponga la nulidad, puede recurrirse a los criterios de Núñez quien nos dice que el interés deriva del hecho de que la observancia de la disposición transgredida beneficie a la parte que invoca el vicio al darse la posibilidad de que al anular el acto éste pueda ser modificado, o puede modificarse a su vez la situación jurídica preexistente. Para establecer la concurrencia de esta situación hay que situarse ante el acto concreto, examinando la trascendencia del vicio y los efectos de su decreto, esto pues, si el vicio no tiene una significación tal, que al menos apareje la posibilidad latente de que el decreto pueda producir eventualmente una modificación, y si por el contrario la certeza de que dicha modificación no se podrá operar, la declaratoria del vicio no beneficia a nadie y sí perjudica al proceso en su normal desarrollo, pudiendo entonces el tribunal rechazar la ges-

(30) El Ministerio Público y las otras partes no pueden oponer las nulidades que han causado o han concurrido a causar.



tión por carencia de ese interés que asista al petente. Evidentemente aquí estamos situados ante las nulidades relativas, puesto que la norma hace excepción de aquellas declarables de oficio.

Para ilustrar el concepto anterior recurramos a algunos ejemplos: Si se diera el caso de que el defensor del imputado solicita un decreto de nulidad del auto de procesamiento porque él se funda en un testimonio recibido sin las formalidades del artículo 234 del Código Procesal y la supresión de esta probanza, no modifica en modo alguno el dictado, por existir otros testimonios con la misma trascendencia que por sí solos sostienen el dictado, evidentemente a la defensa no le asiste interés alguno para forzar a esa declaratoria, habida cuenta que el decreto de nulidad no variará el dictado que podrá emitirse exactamente igual, ni modificará la situación jurídica de su defendido, significando solamente una demora en el procedimiento. Por otra parte si por el contrario se pide la nulidad del mismo procesamiento porque se funda en una reconstrucción de hechos viciada trascendental para el dictado, evidentemente aquel interés está presente y constatado el vicio debe sobrevenir el decreto de la misma. Igualmente tratándose de un acto definitivo e irreproducible su nulidad podría modificar la situación jurídica preexistente o el dictado que en él se funda.

Si a alguien extrañan tantas limitaciones para poder invocar y que se decrete una nulidad, debe recordarse lo expuesto atrás cuando se dijera que la nulidad realmente es un mecanismo de reorientación del proceso hacia sus fines permitiendo retomar las formas exigidas por la ley para el cumplimiento de estos. Así, para que se haga necesario el remedio debe existir la enfermedad, y a la vez, no ser esta susceptible de curarse por otros medios, llevando ínsita la posibilidad de afectar los intereses tutelados por el proceso. Esto quiere decir, que si el proceso no enfrenta ninguna crisis realmente significativa, al grado de que puede sanarse de otra forma, o en su caso, que esta crisis no afecta los intereses tutelados, no hace falta someterlo al tratamiento que sería el decreto de nulidad y esta debe ser inaplicada más bien en satisfacción de los fines mismos del proceso.

2.4. Los artículos 148 y 149 deben ser comentados conjuntamente. El primero nos señala la oportunidad procesal en que los interesados pueden interponer las solicitudes de nulidad para los actos cumplidos en una u otra etapa del proceso, reflejamente, lleva a establecer un efecto de sanatoria del vicio, cuando la nulidad es relativa y no es opuesta oportunamente, figurando el silencio de las partes, y su comportamiento omisivo como provocador de un efecto fortalecedor del acto que adquirirá una eficacia plena. Estas oportunidades funcionan como plazos de caducidad, dentro de los cuales perentoriamente deberán los interesados deducir las excepciones relativas producidas en las etapas correspondientes del proceso, caso contrario, vencidos los mismos operará una preclusión del poder correspondiente.

Este efecto lo encontramos establecido en el artículo 149 inciso I cuando establece que las nulidades que no son absolutas vale decir declara-

bles de oficio, se subsanan cuando no son opuestas por quien tenga derecho en forma oportuna.

Otro modo de subsanación se produce cuando la parte que podrá oponer la nulidad, aceptare los efectos del acto en forma expresa o tácita. Aquí inicialmente corresponde individualizar en debida forma cuál o cuáles son las partes que pueden oponer la existencia del vicio, y en torno a esto hay que volver sobre los conceptos reseñados en el punto anterior cuando se habló del interés en la observancia de las disposiciones violadas; de tal modo que esas partes serían aquellas que se beneficiarán con la declaración del vicio y no otras. Esto resulta de capital importancia, porque es solo la aceptación de esta o estas partes la que puede provocar la subsanación de ese vicio con exclusión de las demás.

Pasando ahora a analizar los modos de aceptación, dejamos de lado la forma expresa pues evidentemente no plantea conflicto alguno. Sobre la forma tácita debe conceptuarse que existe, cuando la parte que tenía derecho a alegar la existencia del vicio realiza un comportamiento posterior a él que evidencia la aceptación de los efectos del acto, provocando un efecto preclusivo del poder que le asiste para atacarlo. Este efecto preclusivo se deriva entonces de un acto posterior, que impide volver a la situación anterior a él prescindiendo del poder jurídico precedente, impidiendo al sujeto atacar el acto que ha admitido como válido, esa situación de hecho en que consiste la aceptación, por disposición legal produce una eficacia conservativo-fortalecedora sobre el acto y hace precluir el poder del aceptante para esgrimir la nulidad.

En torno a esta situación el Juzgador debe ser muy cuidadoso a la hora de conocer una solicitud de nulidad, pues aún cuando existe el vicio, y haya legitimación para oponerlo de parte de quien solicita el decreto, puede ser que haya operado la convalidación o subsanación del mismo al haber existido aceptación de los efectos del acto, en forma expresa o tácita de parte de quien ahora solicita la anulación. Si analizáramos muchos de los decretos de nulidad que se han producido en la instrucción misma o en alzada, veríamos que la gran mayoría de ellos contienen declaratorias de nulidad injustificada por haberse operado la subsanación del vicio.

Finalmente, el artículo 149 en su inciso 3, hace relación a otra hipótesis de subsanación del vicio: —la consecución de los efectos del acto respecto a todos los interesados—. A la hora de estudiar este aspecto, debe volverse nuevamente a la determinación de quienes son los interesados, retomando el criterio expuesto líneas atrás que nos lleva a establecer que estos son los sujetos que podrían verse beneficiados con la observancia de la o las disposiciones legales violentadas.

Este modo de sanar un acto, dice Muñoz, es propio de aquellos actos que tienden a lograr un efecto procesal ulterior determinado como son por ejemplo la citación y la notificación, aún cuando existen otros actos de esta naturaleza. Si por ejemplo se llevara a cabo una notificación defectuosa v.g. si no se notificara personalmente un dictado cuando debe hacerse así,



y no obstante los interesados ejercen los derechos que pueden ejercer al ser notificados por haberse enterado del contenido de lo resuelto de cualquier otra forma, evidentemente el acto viciado alcanzó sus efectos y la nulidad ha quedado subsanada.

Según expone Franco Cordero en su obra ya mencionada, pareciera contradictorio que un acto cumplido con irrespeto a las formas exigidas pueda lograr su cometido, sin embargo, concluye, que en relación con ciertos actos del procedimiento las formas son exigidas en calidad ejemplificadora, sin perjuicio de que a veces el acto cumplido en forma diversa pueda alcanzar su objetivo. Esta es una situación que hay que observar cuidadosamente. Agrega además Cordero, que la eficacia del acto viciado, para conseguir su fin, requiere la suma de un acto sucesivo que evidencie la producción del efecto físico que el acto buscaba. Un ejemplo práctico de esta situación podría verse en el caso de que la prevención a que se refiere el artículo 223 del Código Penal en relación con la apropiación y retención indebida, le fuera hecha erróneamente al imputado a través de un tercero, pero que sin embargo el denunciado hiciera la devolución o entrega de lo retenido o apropiado dentro del quinto día, lo que pondría de relieve la realización de los efectos del acto, impidiendo que si fuera el caso a pedido del Ministerio Público se buscará anular aquella prevención.

2.5. Hemos dejado para último, lo relativo a los efectos de la declaratoria de nulidad, por ser un tema que debe ser tratado con excesivo cuidado.

Básicamente existen dos efectos al declarar nulo un acto: —uno, el menor, que implica la sola reposición del acto viciado, y otro, el mayor que significa la retracción del proceso a la fase anterior al acto anulado. Es pacífica en doctrina la posición que establece, que siempre debe recurrirse al remedio menor, es decir a la sola reposición del acto, y sólo excepcionalmente, a la retracción del proceso, ello por razones del todo evidentes. Así, la expresión del artículo 150 debe entenderse en esas proporciones, cuando dice "la nulidad de un acto... hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan". Esta razón de dependencia es por razones de conexidad, por lo cual también pueden resultar nulos los actos contemporáneos, sin embargo, siempre que sea posible, debe evitarse la anulación de esos actos concomitantes o posteriores cuando se pueda, dirigiéndose el efecto de la declaratoria, a la sola anulación y reposición del propio acto viciado.

Para poder determinar la eficacia del decreto de nulidad debe atenderse a la significación de los actos particulares de que se trate. Según el autor Franco Cordero hay que distinguir entre los actos denominados propulsivos y los que nosotros llamaremos neutros, y entre los primeros aquellos que son esenciales de los que no lo son.

Los actos propulsivos se definen como aquellos que constituyen un elemento necesario de la trama procesal y poseen una relevancia indispen-

sable para el impulso del proceso. Por el contrario, los actos neutros son aquellos componentes eventuales del procedimiento constituido esencialmente por las operaciones o eventos físicos o síquicos en los que consiste la adquisición de la prueba o instrucción probatoria. Los actos neutros pueden a su vez pasar a formar parte de los actos propulsivos cuando se convierten en sustento probatorio de aquellos. De su lado los actos propulsivos, según sea su relevancia gradual en el impulso del proceso, podrán ser esenciales o no.

Es importante recalcar que estos actos neutros carecen de un nexo connatural de dependencia con respecto a los otros actos, lo cual excluye la propagación del vicio en forma automática.

Por el contrario los actos propulsivos la mayoría de las veces, y sobre todo cuando son esenciales entran en un nexo causal con otros actos, por lo cual al anular un acto propulsivo, generalmente, —aunque no es la regla— implicará la retracción del proceso, cosa que no sucederá con los actos neutros salvo que hayan pasado a formar parte de un acto propulsivo esencial y por esa fusión adquieran los efectos de éste al decretarse el vicio.

La calificación de los actos propulsivos como absolutamente esenciales o no, tiene importancia a la hora de establecer los efectos del decreto, y esta esencialidad hay que buscarla en la naturaleza y función del acto mismo. Así por ejemplo, la indagatoria del imputado con las formalidades de ley es un acto propulsivo esencial, porque al cumplirse hace avanzar el proceso condicionado incluso cualquiera de los dictados a que se refiere el artículo 289 del Código de Procedimientos Penales, y en el caso de decretarse su nulidad, habría necesariamente que retrotraer el proceso. Al contrario, si bien la prevención a que se refiere el artículo 243 del Código Penal, en relación al delito de libramiento de cheque sin fondos, es un acto propulsivo, su carácter no es esencial, porque aún cuando cumpla una función necesaria en el procedimiento respectivo, carece de la virtud connatural condicionante de otros actos posteriores, ya que tal prevención es sólo expresiva de una excusa legal absolutoria que puede materializarse en cualquier momento por ello su nulidad no causará la retracción del proceso sino solo la reproducción del acto.

Existen además otros actos propulsivos cuya esencialidad debe apreciarse en conjunto con actos del mismo procedimiento, que los dotan de una eficacia complementaria, que podría perfectamente modificar el vicio que en sí mismos existiera. Un ejemplo de estos actos lo constituyen el requerimiento fiscal de elevación a juicio, y el auto de elevación a juicio cuando existiere. Eso significa que si el primero, tuviera alguna irregularidad de forma según prescribe y sanciona el artículo 341 del Código Procesal, que el segundo viene a corregir, el vicio no debe ser decretado, no obstante que en los actos preliminares del debate exista una exigencia hacia el Tribunal para que controle la forma de esos y otros actos con la potestad de declarar oficiosamente cualquier nulidad que exista, ya que el artículo 350 que como dijimos atrás representa una excepción a la regla que for-



mula el 146 párrafo segundo, exige la ponderación de ambos actos. Esa naturaleza complementaria resulta del fin del acto pues el requerimiento fiscal debe ser claro, preciso, circunstanciado y específico, al igual que el auto de elevación, con el fin de cumplir con la debida intimación en el Debate, pero obsérvese que el numeral 370 exige hacer esta intimación con ambas piezas dándoles ese carácter complementario, siendo entonces que la esencialidad de esos actos cuando coexistan hay que examinarla en conjunto, pues podría resultar enmendado el vicio del uno por el otro sin que se perjudiquen los intereses del imputado en forma alguna.

Esa situación resulta sumamente trascendental puesto que en la práctica la gran mayoría de requerimientos de elevación anulados, que en el año ochenta y siete alcanzaron la suma de ochocientos sesenta y cuatro, con una tendencia peligrosamente creciente<sup>(31)</sup> han sido decretados dejando de lado el auto de elevación que bien pudo ser que corrigiera el vicio haciendo innecesaria la retracción del proceso que siempre se produce en este caso.

En torno a este aspecto es criticable el hecho de que incluso —y aunque sea una acotación marginal— esas nulidades se decretan las más de las veces a petición del fiscal de juicio y dentro de la oportunidad que concede el artículo 371, que es limitativo y admite solamente las nulidades a que se refiere el numeral 148 inciso 2 que se refiere a las ocurridas en los actos preliminares del debate, a aquellos cumplidos sólo cuando los autos estén ante el tribunal de juicio para preparar la audiencia oral.

2.6. Recapitulando todo lo atrás expuesto debe concluirse que cuando se formula un pedido de nulidad, debe el Juzgador analizar conjuntamente los siguientes aspectos:

- a. Si la nulidad está expresamente prevista o se trata de un caso de nulidad genérico. Si no es ninguna de ambas posibilidades la incidencia debe rechazarse.
- b. Si estamos bajo algún caso reconocido por el sistema de conminación específica, o bajo una nulidad genérica no declarable de oficio, deberá analizarse la legitimación del solicitante para oponer el vicio, observando si tuvo algún concurso en su producción o le asiste interés en la observancia de la disposición violada. Si faltara esa legitimación sobreviene el rechazo.
- c. Si existe legitimación habrá seguidamente que examinar si se produjo alguna subsanación ya sea porque no se propuso la nulidad en término, por aceptación expresa o tácita de los efectos del acto, o por haber este cumplido el propósito asignado en el ritual y respecto a todos los interesados.

(31) Véase informe número 15-88 de la Sección Estadística.

Si se tratare de nulidades absolutas, que impliquen violación de los presupuestos que señala el artículo 145 y a la vez de una norma constitucional, no deberá examinarse la legitimación ni la subsanación, ya que, como vimos, la nulidad absoluta no se subsana, y puede ser decretada de oficio tanto como a petición de parte en cualquier estado o grado del proceso, ello para poder tutelar el interés público que representa el proceso en forma debida.

Si el acto es anulable, ya sea por estar expresamente prevista la nulidad o por implicar inobservancia de los presupuestos del artículo 145 y existe legitimación de parte de quien plantea la incidencia y el vicio no se ha subsanado, deberá decretarse la nulidad, señalando expresamente los actos que se ven alcanzados reflejamente por el dictado ya el efecto no puede ser genérico y para ello habrá que analizar si el acto es propulsivo y su esencialidad o por el contrario es neutro.

2.7. Con dos acotaciones finales queremos dejar por terminado el análisis en torno a las nulidades ellos son, lo relativo a las nulidades decretables en segunda instancia o enalzada, y las nulidades relativas a los actos pre-procesales.

En torno al primer aspecto, por la incidencia que tiene en la celeridad del proceso dicha circunstancia, queremos subrayar el criterio de que el Tribunal de Apelaciones, conociendo en Alzada de un recurso, sólo podrá decretar oficiosamente las nulidades absolutas, pues al tratarse de una competencia derivada, atribuida por los argumentos del recurso, sólo podrá apartarse de ellos cuando quepa declarar una nulidad de esa índole, consecuentemente sólo podrá decretar de oficio aquellas nulidades que sean violatorias de las disposiciones del artículo 145 y a la vez de una norma constitucional, estándole vedado por razones sistemáticas, decretar de oficio nulidades relativas, quedando sujeto a conocer y resolver de ellas, sólo cuando fueren alegadas dentro del recurso mismo.<sup>(32)</sup> Igualmente, al examinar la solicitud de nulidad relativa, tendrá que fijarse en aspectos de legitimación y subsanación cosa con la que casi nunca se cumple. En la práctica este mecanismo se ve violentado en innumerables ocasiones siendo fuente de atrasos en la tramitación.

En lo que respecta a los actos pre-procesales, sostenemos el criterio de que son actos la mayoría de las veces de carácter neutro (con la significación que esto implica) que no pueden quedar cobijadas por las nulidades procesales, ya que carecen de esa virtud procesal por ser anteriores a la constitución de la relación procesal núcleo del proceso. Por ello, la nulidad de estos actos no puede ser decretada indiscriminadamente ni en forma directa como a veces se pide, sino que la forma de atacar estos actos una vez iniciado el proceso, es indirecta, atacando el acto propulsivo que les da

(32) Véase Supra Criterios de Eduardo J. Couture.



cabida dentro del mismo, y esto es así por respeto incluso de la disposición del artículo 147 in fine puesto que ningún interés tendrá cualquiera de las partes en atacar un acto que no forma parte de los actos procesales, y cuya significación por ende no ha sido establecida.

Se concluye entonces que los actos pre-procesales que conservan esa categoría no son susceptibles de ser anulados separadamente, y sólo son atacables, atacando el acto propulsivo procesal que los contempla. Así por ejemplo, no es posible anular un acta de decomiso levantada en la investigación policial sólo por aparecer agregada a los atestados de la causa en forma física, y sin que hubiere sido considerada como sustento de un acto procesal, porque la falta de esa virtud procesal hace inexistente el interés de cualquiera de las partes en el pretendido decreto de nulidad. Sin embargo, podrá anularse esa misma acta, atacando el pronunciamiento que la utilice como uno de sus fundamentos, siempre y cuando, exista al menos la expectativa de que su nulidad podrá modificar el dictado o la situación preexistente, como expresión del interés del petente.

#### BIBLIOGRAFIA

- ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Segunda Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1956.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones Sobre El Proceso Penal*, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europeas-América, 1950.
- CASTRO, R. A. *Procedimiento Penal Mixto*. Tomo IV, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1973.
- CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo IV. Ediar, 1964.
- CORDERO, Franco. *Ideología del Proceso Penale Giuffre* Editore, Milano, Italia, s.f.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I, Décima Edición, Editorial A.B.C. Bogotá, 1985.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo IX, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1982.
- ESCRIBE, J. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Librería Bouret, París-México, 1925.
- FRENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Segunda Edición, Editorial Labor S. A., Madrid, 1952.

GARCIA RAMIREZ, Sergio *Curso de Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición. Editorial Porrúa S. A., México, D. F., 1977.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, VIII Edición, Artes Gráficas S. A., Madrid, 1975.

HERRERA, Luis Guillermo, *Las Nulidades en el Nuevo Proceso Penal*, Revista Judicial, N° 11, marzo de 1979, San José.

JIMENEZ ASENJO, Enrique. *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

LEONE, Geovanny. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, II Edición, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1967.

MANZINI, Vicente. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1952.

NUÑEZ, Ricardo. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1978.

ODERICO, Mario. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952.

RUBIANES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.

VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Ediciones Lerner, Buenos Aires.

#### LEYES

*Codice Penale e Codice de Procedura Penale*. Editore Ulrico Hoepli, Milano, Italia, 1981.

*Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Ediciones Lerner S.R.L. Córdoba, Argentina, 1978.

*Código de Procedimientos Penales*, Lehmann, San José, Costa Rica, 1983.