

BIBLIOGRAFIA

- Abbagnano, Nicola. "Diccionario de Filosofía". Traducción de Alfredo N. Galletti. Segunda edición en español. Fondo de Cultura Económica. México, 1966.
- Arcipreste de Hita. "El Libro de Buen Amor". Librería de la Vda. de Ch. Bouret. París, 1936.
- Aristóteles. "Obras". Traducción del griego, estudio preliminar, preámbulos y notas por Francisco P. Samaranch. Tolle, Lege. Aguilar Ediciones. Madrid, 1964.
- "Ética Nicómano". Edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marías. Clásicos Políticos. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1960.
- Dilthey, Wilhelm "El Mundo Histórico". Obras Completas VII. Fondo de Cultura Económica. México, 1944.
- Dujovne, León "Teoría de los valores y filosofía de la historia". Biblioteca Filosófica Paidós. Volumen 2. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1959.
- Fronzizi, Rizieri "¿Qué son los valores?" Fondo de Cultura Económica. 1ª edición. México, 1958.
- Kant, Immanuel "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres". Traducción de Manuel G. Morente. Espasa Calpe. Madrid, 1942.
- Mandrioni, Héctor D. "Introducción a la Filosofía". Editorial Kapeluz. Buenos Aires, 1964.
- Mills C. Wright "La Imaginación Sociológica". Prólogo de Gino Germani. Traducción de Florentino M. Torner. Tercera reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, 1971.
- San Pablo "Epístola a los Romanos".
- Santiago "Epístolas católicas".
- Stern, Alfred "La Filosofía de la Historia y el problema de los valores". Editorial Universitaria de Buenos Aires. Traducción de Oscar Nudler. Buenos Aires, 1963.
- Toynbee, Arnold J. "Estudio de la Historia". Volúmenes I a XIV. Traducción de Jaime Peniaux y otros. Emecé Editores S.A. Buenos Aires, 1956-1968.

SUMARIO

LOS VICIOS FORMALES EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA

Dr. Francisco Castillo
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Costa Rica.

SUMARIO

CAPITULO I—Generalidades.

I—Los vicios "In judicando" e "In procedendo".

II—Diferentes sistemas en cuanto a la sanción del irrespeto de las procesales.

CAPITULO II—El sistema de los errores "in procedendo" y sanción en el nuevo Código Procesal Penal.

SECCION I—Las nulidades.

A) Principios fundamentales en cuanto a nulidades.

1—Nulidades declarables de oficio y a petición de parte.

a—Las nulidades declarables a petición de parte.

b—Las nulidades declarables de oficio.

2—Nulidades específicas y genéricas.

B) Efectos de la nulidad.

SECCION II—Otros errores "in procedendo".

A) Las irregularidades.

B) La inexistencia

III—Conclusiones

Ucr04
Fsmulda

SUMARIO

CAPITULO I—Generalidades.
I—Los vicios "in iudicando" e "in procedendo".
II—Diferencia esencial en cuanto a la materia del litigio de los procedimientos.
CAPITULO II—El sistema de los errores "in iudicando" y "in procedendo" en el nuevo Código Procesal Penal.
SECCION I—Los vicios.
A) Principales fundamentos en cuanto a vicios.
I—Medidas declarables de oficio y a petición de parte.
II—Las medidas declarables a petición de parte.
III—Las medidas declarables de oficio.
I—Medidas específicas y genéricas.
II) Efectos de la nulidad.
SECCION II—Otros errores "in iudicando".
A) Las irregularidades.
B) La incompetencia.
III—Conclusiones.

CAPITULO I

1—GENERALIDADES

1) El juicio, escribe Francois Gorphe, (1) es un proceso psicológico, que debe desenvolverse como una operación lógica y conforme a las reglas establecidas por la ley y exigidas por la justicia.

El estudio de las leyes psicológicas que rigen el razonamiento judicial es hoy objeto de profundas investigaciones. Es, sin embargo, más importante para el jurista el estudio de las reglas lógicas y legales que debe observar el juez para dictar una sentencia válida y justa.

2) El legislador debe velar por que el juicio sea justo. De ahí que él sancione los vicios en que puede incurrir el juez por errores de apreciación en la reconstrucción de los hechos o en la visión jurídica de los mismos, o por errores en razonamiento. Estos vicios tradicionalmente se han denominado errores "in iudicando" y producen lo que se ha llamado el "mal jugé".

Además, el comienzo, desarrollo y terminación del proceso deben hacerse con respeto a determinadas reglas de forma, que garantizan los derechos subjetivos del acusado o simplemente el buen orden y funcionamiento del proceso. Las violaciones a estas reglas constituyen los llamados errores "in procedendo". (2)

I—Los vicios "in iudicando" e "in procedendo".

3) La distinción entre vicios "in iudicando" e "in procedendo" es importante. Ambos tipos de errores no son equiparables desde el punto de vista de sus efectos. El error "in iudicando", el "mal jugé", es siempre idéntico a sí mismo y por lo general, lesiona un

(1) GORPHE, François, "Le Décisions de Justice", Recueil Sirey, pág. 14.
(2) SCHUPBACH, Henri, "Le Recours en Cassation Spécialement en Procédure Civile Neuchateloise", Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, Lausanne, Suisse, 1961, pág. 20.

derecho subjetivo. No ocurre lo mismo con el error "*in procedendo*", que en los casos más benignos solamente perturba el normal desarrollo del proceso; cierto es que casos graves —violación del principio de defensa de juicio, por ejemplo— sí atenta contra el derecho subjetivo, y produce indefectiblemente, el "mal-jugé".⁽³⁾ Otra diferencia entre ambos errores es la siguiente: los vicios "*in procedendo*", además de tener, en algunos casos, medios preclusivos expresamente establecidos, tienen también medios impugnativos propios (particularmente, el incidente de nulidad). Además, en algunos casos, no son deducibles en Casación si no se han establecido oportunamente los correspondientes reclamos (471 inc. 2 C.P.P.). Los vicios "*in judicando*", por el contrario, pueden proponerse por primera vez en Casación (471 inc. 1º CPP), lo que es particularmente exacto en un procedimiento penal que no tenga doble grado de instancia.⁽⁴⁾

4) El mecanismo que permite revelar los vicios de uno u otro tipo es semejante en ciertos casos; por ejemplo, en la sentencia. Cuando se trata de controlar los vicios de ésta, el procedimiento es el mismo, sea que se trate de errores de fondo o de procedimiento. El control —sobre todo en Casación— de los vicios "*in judicando*", requiere una triple investigación: la individualización de una particular situación de hecho, determinación por el Tribunal de un particular error "*in judicando*" cometida por el juez de mérito en la obra de subsunción del hecho en cierto esquema normativo y establecimiento del nexo de causalidad existente entre el error de derecho sustancial y el dispositivo de la sentencia impugnada. El procedimiento para la determinación de los vicios "*in procedendo*" es semejante: la primera operación es la individualización del "hecho" (sólo que se trata de circunstancias relativas a los actos de procedimiento); la segunda es la determinación de un particular error "*in procedendo*", cometido por el juez o el autor del acto; la tercera, concierne al establecimiento del nexo de causalidad que liga eventualmente el vicio de procedimiento con el acto impugnado o con el dispositivo de la sentencia. Pero que hay casos —aquellos de nulidad absoluta, especialmente en el nuevo Código de Procedimientos— en que esa relación de causalidad se presume.⁽⁵⁾

5) En algunos casos, la distinción entre errores "*in judicando*" e "*in procedendo*" se dificulta. Por ejemplo, un caso límite es el error en la clasificación jurídica de los hechos. El error de encuadramiento del delito solamente puede producir nulidad absoluta, en el sentido de los artículos 145 y 146 Cpp. cuando se trate o afecte la correlación

(3) SCHUPBACH, Op. Cit., pág. 22.

(4) Así, CARULLI, Nicola, "La deducibilità in casazione dell'erronea qualificazione Jurídica e l'incompetenza per materia", in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1961, Giuffrè, Editore, pág. 917.

(5) En tal sentido, SIRACUSANO, Delfino, "In tema di Rivelazione dei Vizi in Judicando da Parte della Corte di Cassazione", en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1961, Op. cit., págs. 1199 y 1200.

entre la contestación y la sentencia —el caso concreto, es el cambio de los hechos— cuando la mutación del título del delito importe incompetencia. En tal caso, la nulidad absoluta se produce por aplicación de los artículos 15 y 16, salvo que nos encontráramos en la situación reglada por el mismo artículo 16, según el cual "Esta disposición no regirá cuando un juez de competencia superior hubiere actuado en una causa atribuida a otro de competencia inferior".

En todos los otros casos, el error de calificación no produce nulidad, a pesar de que evidentemente haya un error de procedimiento, pues no todo error "*in procedendo*" produce nulidad. Y como lo dice el artículo 397, ello constituye una simple irregularidad: el juez puede modificar la calificación del delito por el efecto devolutivo de la apelación, sin que rija la prohibición de la "*reformatio in peius*", del artículo 459.⁽⁶⁾

Pero es posible que el error de encuadramiento de los hechos constituya también un error "*in judicando*". Ello porque las disposiciones procesales en materia de calificación tienen dos perspectivas: una de carácter sustancial, que concierne el exacto encuadramiento de la figura criminosa, y que se resuelve en la exacta aplicación de la ley penal: la inexactitud en la aplicación de ésta produce un error "*in judicando*"; la otra, la procesal, a que nos hemos referido.

De lo anterior se deduce que aunque la calificación de los hechos sea exacta desde el punto de vista del derecho sustancial, puede haber violación de la ley procesal. La hipótesis es fácil de encontrar: el juez cambia los hechos. Desde el punto de vista sustancial eso puede ser correcto. Pero tal cambio puede, en las hipótesis vistas (incompetencia, falta de correlación entre la contestación y la acusación), producir nulidad. Se explica así por qué, cuando del debate surja un hecho diverso del enunciado en la acusación, el artículo 397 declara que "...el tribunal dispondrá la remisión del proceso al fiscal para que formule una nueva requisitoria".

6) El estudio de los errores "*in procedendo*", tema de nuestra conferencia, lleva al análisis de las formas procesales, de su quebranto y de las consecuencias que éste produce.

Por formas procesales se entienden las actividades de las partes, del órgano jurisdiccional y del Ministerio Público —sin entrar a discutir si el Ministerio Público es o no parte— por las cuales la *litis* se encamina desde su inicio hasta su definición.⁽⁷⁾ Las formas procesales deben amoldarse a determinadas condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión. Su irrespeto produce los errores "*in procedendo*" y determinadas consecuencias: la *irregularidad*, la *nulidad* (absoluta y relativa) y la *inexistencia*.

(6) CARULLI, Op. cit., pág. 924.

(7) CHIOVENDA, J. "Principios de Derecho Procesal Civil", Madrid, 1925, Vol. II, págs. 122 y 123.

II. Diferentes sistemas en cuanto a la sanción del irrespeto de las formas procesales.

Ha habido, históricamente, dos grandes sistemas en cuanto a la sanción por el irrespeto de las formas procesales: el consagrado en el Código Gregoriano, párrafo 408, según el cual "toda contravención a la ley importa nulidad" y el sistema francés, consagrado en los Códigos de Procedimientos Civiles (art. 1030) y de Instrucción Criminal (art. 408) franceses, según el cual en nulidades debe estarse a la regla: "pas de nullité sans texte".

Ambos sistemas son extremos, y en términos generales, no han sido ni son seguidos en toda pureza por ningún sistema. Por ejemplo, la jurisprudencia francesa, debido al hecho de que el Código de Instrucción Criminal olvidó sancionar con nulidad muchas formalidades esenciales para los derechos de la acusación o de la defensa o para la correcta constitución de las jurisdicciones, creó, al lado de las nulidades textuales, las nulidades virtuales o sustanciales. (8)

7) La doctrina distingue a la teoría clásica de las nulidades de aquella moderna.

La teoría clásica, defendida en Francia por los autores de la Escuela de la Exégesis y en Alemania por los Pandectistas, considera que los casos de nulidades forman tres categorías: las inexistencias, las nulidades absolutas y las nulidades relativas. Cada una de estas categorías tiene cuatro características, relativas a los efectos sobre el juicio inválido, a la calidad para invocar la eficacia, a la facultad de declarar la ineficacia prescrita y a la posibilidad de sanar el acto viciado. Estas cuatro características se hayan, en cada categoría, unidas por un ligamen lógico.

Así, los actos inexistentes no requieren constatación judicial, no obligan a nadie, son imprescriptibles e inconfirmables; los actos absolutamente nulos son objeto de una constatación judicial declarativa, cualquiera puede denunciarlos y son irremediables, imprescriptibles e inconfirmables; los actos relativamente nulos son válidos hasta su anulación por una decisión judicial constitutiva, la calidad para invocar la nulidad de ellos es determinada por la ley, y son prescriptibles y confirmables. (9)

La teoría clásica de las nulidades parte del principio de que el concepto de invalidez es general para todo el derecho y no particular para una rama jurídica. La idea que sirve de base a tal afirmación es que, si la nulidad es una consecuencia adosada por la ley a ciertos actos en los que faltan algunos requisitos, la misma es de carácter general. (10) Por ejemplo, la aptitud del sujeto es requerida en todos

(8) VITU, André, "Procédure Pénale", Presses Universitaires de France, París, 1957, pág. 314.

(9) SCHUPBACH, Op. cit., pág. 32.

(10) En tal sentido BERIZONCE, Roberto O., "La Nulidad en el Proceso", Editorial Platense, Buenos Aires, 1967, págs. 59-60; COUTURE, Eduardo, "Fundamentos del Proceso Civil", 3ª Edición. Buenos Aires, 1958, pág. 374.

los ámbitos del derecho. Se llamará capacidad en el ámbito del derecho privado; competencia en el del derecho público interno; jurisdicción o soberanía en el del derecho internacional. Los actos realizados sin esa aptitud serán nulos. Pero debe observarse que los requisitos procesales cumplen una diferente función en el derecho procesal que en el de fondo. La nulidad procesal se alimenta de los principios básicos que sobre el tema dominan en todo el derecho. Sin embargo, presentan caracteres específicos que los distinguen de las demás ramas.

La teoría moderna de las nulidades, impulsada entre otros por Géný, (11) abandona la división tripartita o bipartita de los casos de invalidez, en beneficio de una categoría vasta y única. La doctrina moderna es pragmática y considera a la nulidad no como un estado del acto, sino como una sanción establecida por la ausencia de una condición que el derecho exige para la validez del acto. Esta sanción está en relación con la regla de derecho y su función es garantizar la aplicación de ella. A propósito de cada especie de nulidad es necesario preguntarse qué personas pueden prevalerse de la misma, durante cuánto tiempo la acción puede ser ejercida, y bajo qué condiciones la nulidad puede ser cubierta por la confirmación. Por tanto, al estudiar cada nulidad, no puede partirse de categorías lógicas preestablecidas ni de nociones apriorísticas.

8) Teoría clásica y teoría moderna coinciden en que la nulidad de un acto puede producirse por violación de las reglas de forma o por ausencia de contenido del acto procesal. Este, como cualquier acto jurídico, necesita de un contenido. En consecuencia, los vicios que pueden afectar al acto procesal pueden ser intrínsecos —referidos a su contenido— o extrínsecos —referidos a la violación de las formas estatuidas.

Cabe observar que las legislaciones por lo general se refieren sólo a los vicios extrínsecos de los actos. La doctrina ha construido la teoría de los vicios intrínsecos del acto procesal.

9) El acto procesal requiere, además de la forma, de tres elementos: causa, objeto y voluntad. (12)

a-1) La voluntad.

10) El acto procesal, como cualquier otro acto jurídico, debe ser voluntario. Cabe, pues, la pregunta: Son admisibles los vicios de la voluntad como causa de nulidad? Y en el caso de ser admisibles, cuáles vicios habrá que tener presentes?

11) La diversidad de fines que hay entre el acto procesal y el negocio jurídico hace imposible una aplicación mecánica de la teoría de los vicios del consentimiento del derecho civil al acto procesal. Además, hay que tomar en cuenta que el juez debe influir en

(11) GENÝ, F. "Méthode d'interprétation et sources en Droit Positif Privé", págs. 147, 148.

(12) BERIZONCE, Op. cit., pág. 23.

la formación de este acto, que gran parte de los actos procesales son revocables, y por ello mismo, la antítesis del negocio jurídico. (13) En ese punto está de acuerdo la mayor parte de los procesalistas: por ejemplo, Eugenio Florián, (14) piensa que los vicios de la voluntad de los actos procesales penales deben ser apreciados con criterios diferentes de los dados en la disciplina de esos vicios en el derecho privado. Tales criterios de apreciación, según el ilustre autor, pueden ser excogitados del mismo sistema penal. Afirma también que, con relación a los efectos jurídicos del vicio interno de la voluntad, el vicio no vale por sí como motivo formal de nulidad o de inexistencia del acto. Tales vicios del acto procesal están sujetos a la libre apreciación del juez, porque los actos procesales singulares no valen en su sustancia ni tienen fines autónomos, sino que todos son coordinados a los fines del proceso. Sin embargo, Florián piensa que el vicio de la voluntad produce nulidad del acto cuando se trate de un acto estrictamente formal (constitución de parte civil, querrela, etc.).

Giovanni Leone, primeramente creyó que, partiendo del principio de taxatividad de las nulidades y considerando la imposibilidad de una aplicación analógica de los esquemas de derecho privado al problema, los vicios de la voluntad no podían producir la nulidad del acto procesal. (15) Pero en su "tratado" (16) hace varias distinciones al respecto: a) no tienen ningún relieve los vicios de la voluntad en aquellos actos que se concreten en una manifestación de conocimiento, como la confesión, el testimonio o la pericia, aunque el juez —discrecionalmente y con los elementos de prueba ofrecidos—, podrá tomar en cuenta el vicio de la voluntad. b) Por lógica, no tienen ninguna influencia los vicios de la voluntad en los actos no negociales. Para los actos procesales negociales debe aplicarse la teoría del derecho privado, que distingue los vicios de la voluntad en aquellos que producen nulidad absoluta y aquellos que producen anulabilidad. Y así, en el derecho privado la violencia moral ('vis compulsiva'), el error y el dolo producen anulabilidad; la violencia física ('vis absoluta') produce la inexistencia. Partiendo de esta premisa, distingue en el proceso penal los casos de violencia física —que producen inexistencia, categoría no legislativa sino lógica— de los otros vicios de la voluntad que únicamente producen nulidad. Estos últimos no tienen ninguna influencia en el derecho procesal: si la tuvieran caería por tierra el principio de taxatividad de las nulidades. Además, no existe

- (13) GUARNIERI, Giuseppe, "Irrelevanza dei vizi della volontà negli atti processuali", en Rivista Italiana di Diritto Penale, 1957. Giuffrè Editore, Milano, 1957, pág. 615 s.
- (14) FLORIAN, Eugenio "Diritto Processuale Penale", 3ª Ediz. Roma, Edizioni Utet, 1939, pág. 127. Obsérvese que el mismo autor en sus "Elementos de Derecho Procesal Penal", (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1933, (fecha del Prólogo). Traducción de L. Prieto Castro) no se refiere al problema.
- (15) LEONE, G., "Lineamenti di Diritto Processuale Penale", 4ª Ediz., Milano, Giuffrè, 1956, pág. 251.
- (16) Ib., "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, tomo I, págs. 690 y ss.

ni procedimiento dirigido ni procedimiento adaptable a la comprobación de tales vicios. Por último, advierte Leone, (17) que aunque el vicio de la voluntad no tenga influencia suficiente para determinar una nulidad efectiva en el proceso, sí pueden ser considerados en otros institutos. Por ejemplo, si el acto viciado por defecto de la voluntad es de aquellos en los que se reconoce a las partes un poder dispositivo, el vicio de la voluntad se sanciona por la emisión de otro acto dispositivo: una constitución de parte civil o el establecimiento de una querrela bajo coacción o amenaza, pueden ser revocados. En otros casos, el vicio de la voluntad puede ser equiparado con el caso fortuito o con la fuerza mayor y, entonces es posible repetir el acto procesal. Los vicios de la voluntad que afecten a una sentencia (que no sean producto de la fuerza física) no pueden ser reparados, por el principio procesal de identificación de los motivos de nulidad con los de impugnación. Como la ausencia de voluntad en la sentencia solamente puede conducir a la injusticia de la misma —y esa injusticia es juzgada por las partes—, el no promover éstas la impugnación implica la conformidad con la sentencia.

Parecida a la tesis de Leone es la de Guarnieri: (18) para éste tiene relevancia el vicio únicamente en los casos en que el vicio determine un acto físicamente existente, pero jurídicamente vaciado de todo contenido. En esa hipótesis, dice, se tendrá no tanto un acto nulo cuanto un *no acto*. Observa también, que por lo general no hay medios en el proceso para reclamar contra los actos viciados de inexistencia, debido a que esa situación casi nunca ocurre.

- (17) LEONE, "Tratado", Op. cit., tomo I, pág. 696-697-698.
- (18) GUARNIERI, Op. cit., pág. 618.

CAPITULO II

"EL SISTEMA DE ERRORES 'IN PROCEDENDO' Y SU SANCION EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL"

1) Puede decirse, sin temor a dudas, que uno de los parámetros para medir la bondad de una legislación es el sistema de nulidades que contenga. Si el Estado de derecho se caracteriza por la necesidad de un juicio para imponer una sanción a quien ha violado el precepto, no menos cierto es que el juicio debe ser legal. En materia procesal, ha dicho Georges Levasseur⁽¹⁹⁾ "es preferible dejar escapar a un culpable a condenar a un inocente, porque en materia de administración de justicia, el fin no justifica los medios". En medio de todas las variables jurídicas, el hombre es una constante. Y el primero de sus derechos es el ser libremente defendido y legalmente condenado.⁽²⁰⁾

Teniendo por finalidad el proceso penal el castigo de un hombre que ha cometido un delito, fácilmente se comprende que la teoría de los errores "*in procedendo*" tiene por fin la protección de los principios fundamentales del derecho represivo, de las libertades esenciales del imputado y de su defensa.⁽²¹⁾

Poca meditación se necesita para descubrir este particularismo que presenta el proceso penal frente al civil. Mientras el proceso civil es un accidente en el conjunto de contratos y de situaciones jurídicas múltiples, el proceso penal es la consecuencia lógica de la infracción y el antecedente indispensable de la reacción social.⁽²²⁾ El proceso penal, por mandato del artículo 39 de la Constitución Política, debe

(19) LEVASSEUR, Georges, "*Les Nullités de l'instruction Préparatoire*", en *La Chambre Criminelle et sa Jurisprudence*, Ed. Cuyás, París, 1965, pág. 472.

(20) ALLEHAUT, Maurice, "*Les Droit de la Defense*", en *la Chambre Criminelle et sa Jurisprudence*, Op. Cit., pág. 467.

(21) GARRAUD, "*Traite Théorique et Pratique d'instruction Criminelle et Procédure Pénale*", tomo I, París, 1912, N° 1099.

(22) MERLE, Roger et VITU, André, "*Traité de Droit Criminel*", Editions Cuyás, 1967, pág. 139.

establecer un sistema de nulidades, consecuencia de la violación de los preceptos que determina los principios de represión y del derecho de defensa. El artículo 39 Constitución dispone que nadie puede ser sometido a pena por un delito sancionado por ley anterior sino "...en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, *previa oportunidad concedida al individuo para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad*".

SECCION I—LAS NULIDADES

3) Desde el punto de vista del sistema de nulidades, el nuevo Código Procesal Penal es superior al vigente. La teoría de las nulidades se afina; los derechos de la defensa aumentan; casi todas las violaciones del derecho de defensa producen una nulidad absoluta.

A) *Principios fundamentales en cuanto a nulidades.*

4) El nuevo Código Procesal distingue dos tipos de vicios "*in procedendo*": la nulidad (relativa y absoluta) y la irregularidad. Con disposiciones iguales a las del nuevo estatuto, la doctrina italiana ha creado una tercera categoría, de carácter lógico: la inexistencia.

5) El nuevo Código Procesal consagra el principio conocido como "*Pas de nulité sans texte*". El artículo 144 dispone que "Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescritas bajo pena de nulidad".

Y como prescritas bajo pena de nulidad están las llamadas *nulidades específicas*, que son las de los artículos 16, 36, 73, 19, 20, 38, 91, 92, 94, 100, 106, 107, 133, 138, 189, 192, 229, 269, 276, 281, 287, 288, 243, 341, 344, 359, 360, párr. último, 349, 373, 376, 384, 385, 390, 392, 396, 400, 412.

También son prescritas bajo pena de nulidad las nulidades llamadas por la doctrina italiana "genéricas", que son las del artículo 145, según el cual: "Se entenderá siempre prescrita bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes: 1) al nombramiento, capacidad y constitución de jueces y tribunales; 2) A la intervención del Ministerio Público en el Proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria; 3) A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece".

1—Nulidades declarables de oficio y a petición de parte

El nuevo Código Procesal distingue también otros dos tipos de nulidad: la declarable a petición de parte y la declarable de oficio.

a) *Las nulidades declarables a petición de parte*

I—La parte (privado —imputado o parte civil, demandado civil— o el Ministerio Público) no debe haber concurrido con su conducta a causarla (aplicación del principio, “*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*”) (art. 147).

II—Solamente es alegable por la parte que tenga interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas (“*pas de nullité sans grief*”). (art. 147).

III—La nulidad declarable a petición de parte, tiene causas de preclusión. O sea, solamente puede ser alegada por la parte en determinadas oportunidades, según la etapa del proceso en que se produzca. Tales causas de preclusión son establecidas por artículo 148 Cpp, aplicable a todos los casos de nulidad. Sin embargo, hay nulidades que deben ser interpuestas en oportunidades especiales y que tienen, por consiguiente, medios preclusivos especiales. Tal es el caso de la nulidad cuando sea consecuencia de una recusación fundada (art. 36), que sólo es declarable si el recusante ha pedido la nulidad “...en el término de 24 horas a contar desde que el expediente llegó al juzgado que debe actuar”.

Ahora bien, estas causas de preclusión aparecen en contradicción con el artículo 471, inc. 2), como veremos.

7) La nulidad declarable a petición de parte, es subsanable y entre las causales de subsanación están (art. 149):

a) Que la parte o el Ministerio Público nos la oponga oportunamente. La oportunidad para interponerlas deriva de los motivos de preclusión del artículo 148.

El artículo 149 entra en contradicción con el artículo 471, inc. 2, que permite alegar una nulidad relativa en Casación (por la forma) “...cuando el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho manifestación de recurrir en Casación”. El inciso 2º del artículo 471 puede interpretarse de dos formas: a) que la petición de subsanación del defecto es condición para la apertura del recurso de casación por la forma, si ello era posible y que no es condición si la petición de subsanación no era posible. Y que, además, la simple manifestación del vicio y de que se va a recurrir en Casación, sea o no posible, interponer la nulidad, es motivo de apertura del recurso de Casación por la forma. b) la segunda interpretación posible es que si se puede reclamar dentro del término preclusivo, no es posible la Casación; de lo contrario, si no era posible, la Casación se abre con sólo la manifestación de que se recurrirá a ella.

b) Cuando haya habido aceptación de la parte de los efectos del acto, de manera expresa o tácita.

a) Cuando el acto hubiera conseguido el fin con relación a todos los interesados, no obstante su irregularidad.

d) La nulidad declarable a petición de parte, por lo general, tiene solamente un medio de impugnación, que es el incidente de nulidad. Este incidente debe ser fundado (dice el artículo 148 Cpp “La petición de nulidad será motivada”), que se tramita oyendo a las partes. Es posible también plantearla en la apelación (si se trata de actos de instrucción apelados) o en el alegato ante Casación, cuando la nulidad lo sea de una sentencia (art. 148 Cpp).

b) *Nulidades declarables de oficio.*

8) El segundo tipo de nulidad que contiene el Código es la declarable de oficio “...en cualquier estado y grado del proceso”. Esta nulidad se diferencia radicalmente de la anterior, y sólo en determinados casos existe:

a) Cuando expresamente lo establezca así el legislador, lo que hace únicamente en 5 artículos: en tratándose de incompetencia territorial (art. 19), aunque el 20 limita expresamente los efectos de esta nulidad; en tratándose de incompetencia por razón de la materia (según resulta de la combinación de los artículos 16 y 28), en los casos citados en el artículo 350 (falta de los requisitos que debe contener el requerimiento de elevación a juicio (art. 341) y falta de los requisitos que debe contener la petición por el Agente fiscal de citación a juicio, en el juicio de citación directa, (son los mismos del requerimiento de elevación a juicio (art. 412 y 341). Un caso dudoso de nulidad declarable de oficio es el del artículo 38.

b) El artículo 146 dispone que deben declararse de oficio las nulidades del artículo anterior (145, y que son aquellas que afectan al nombramiento, capacidad, etc. de las partes, la intervención del Ministerio Público y a la intervención y defensa etc. del imputado), cuando “...impliquen la violación de normas constitucionales”.

El Código de Córdoba tiene un artículo parecido al 146 nuestro, pero centrado en el caso de la indefensión, porque la Constitución argentina prevé el derecho de defensa. El Código Italiano, modelo del Código de Córdoba, tiene los mismos tres casos, y declara que todos ellos se refieren a nulidad absoluta.

En nuestro país, el artículo 39 de la Constitución establece de manera clara el derecho de defensa. No hay reglas relativas a la intervención en juicio de otras partes diferentes del acusado, ni relativas a la intervención del Ministerio Público, ni a la composición de los Tribunales. De modo que puede considerarse que se produce nulidad absoluta cuando no se observan las reglas relativas “...a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece...” (y de la parte civil, art. 79), cuando se produce indefensión; es decir, violación de reglas constitucionales (art. 146).

¿Cuáles son las características de esta nulidad?

1) Es una nulidad sanable, pero a diferencia de aquella vista anteriormente, solamente por la cosa juzgada.⁽²³⁾ No rigen para ella los medios preclusivos. Siendo insanable, no puede ser convalidada porque:

a) La parte no la reclame oportunamente.

b) Las partes, expresa o tácitamente, hayan aceptado la situación.

c) Aunque el acto nulo haya producido el fin respecto de todas las partes.

Esta última situación ha producido críticas en Italia por las consecuencias paradójicas que de ella derivan. Por ejemplo, habrá nulidad absoluta si no se citó a una parte, y la habrá, aunque la parte se presente a la audiencia!⁽²⁴⁾

2) Poco importa que la parte haya concurrido a causarla o que no la perjudique (aunque la situación difiere en tratándose de la indefensión), pues puede ser declarada de oficio.

3) Por último, por ser declarable en cualquier grado. Es posible interponerla, por primera vez, en Casación, como expresamente resulta del artículo 471, inc. 2 y del 146 Cpp.

2—Las nulidades específicas y genéricas.

9) Salvo por lo apuntado, la distinción entre nulidad absoluta y relativa tiene poca importancia. En efecto, no la tiene en cuanto a los efectos, ni en cuanto a la esencia misma del vicio. Pero en este aspecto sí tiene mucha importancia la distinción entre nulidad específica y genérica. O más exactamente, los casos de nulidad genérica.

10) Las causas de nulidad genérica, consignadas en el artículo 145 Cpp. provienen del derecho italiano, según reforma que hubo en éste en 1955. Tres son las causas de nulidad genérica:

a) *La violación de las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad y constitución de los jueces y tribunales.*

11) Escribe Carlo Peyron,⁽²⁵⁾ que este artículo sanciona la incapacidad del juez en sentido lato. Y por capacidad en sentido lato

(23) Entre otros, SCARPELLO, Gaetano, "I riflessi della dichiarazione di nullità sul Corso del Procedimento Penale", en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1956, pág. 65.

(24) En tal sentido CAVALLARI, Vincenzo "Notificazione all'imputato all'ester e sanatoria di nullità processuali", en *Scuola Pensativa*, 1961, Giuffrè, Milano, pág. 346.

(25) PEYRON, Carlo, "Il vizio di Costituzione del giudice come causa di nullità assoluta", en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1965, pág. 590.

entiende Manzini,⁽²⁶⁾ tres subespecies: a) La capacidad de adquisición de la calidad del juez (edad, nacionalidad, etc.) b) la capacidad genérica (admisión al ejercicio de función jurisdiccional) c) la capacidad específica (que presupone la competencia, la ausencia de causas de inhibición o excusa y la composición colectiva del tribunal en el modo y con el número de miembros establecidos por la ley).

12) Del inciso 1º del 145 hay que excluir aquellas nulidades reguladas expresamente en el Código, relativas a la capacidad del juez (referentes a la competencia por materia (art. 16) o por territorio (art. 19), y las causas de inhibición, pues para ellas hay disposiciones expresas (arts. 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38).

Hay que excluir también la hipótesis del "non iudex", que veremos, constituye una hipótesis de inexistencia.

También hay que excluir la nulidad derivada del nombramiento (llamada por Manzini, de nómina) y en particular, los vicios relativos a la adquisición de la capacidad de juez, porque la ausencia de uno de los requisitos del nombramiento, como cualquier otra nulidad ocurrida en el procedimiento administrativo de nombramiento, gozando de la presunción de legitimidad del acto administrativo, permanece válido y eficaz mientras no sea anulado o revocado por autoridad competente.

La nulidad del artículo 145, inc. 1 queda, pues, reducida a muy poco: la habrá únicamente por el defecto de constitución de número del Tribunal (si es colegiado), que puede producirse por exceso o por defecto, o bien, del número de un tribunal monocrático, vicio que únicamente puede producirse por exceso. Y al respecto, la doctrina distingue dos situaciones diferentes.

13) El primer caso de defecto de composición se da cuando uno de los integrantes del Tribunal esté borracho, drogado o dormido. El Código —han dicho autores italianos— exige en este caso no sólo la presencia física, sino también la espiritual del juez. Y el juez, escriben Kliencknecht—Reterberger und Müller,⁽²⁷⁾ debe estar en posibilidad de seguir el debate. En tal hipótesis, sostiene Carlo Massa, existe nulidad (absoluta), porque se afecta la constitución del Tribunal (en nuestro derecho, art. 145). No es posible en este caso considerar el vicio como relativo a la capacidad del órgano jurisdiccional, especialmente cuando se trate de un tribunal colegiado y se trate de una sentencia, pues tal situación se refiere a un vicio de la voluntad. Únicamente dentro de los vicios de la voluntad podría encuadrarse en el error. Este, para ser relevante jurídicamente, debe incidir sobre el acto procesal. Y el acto procesal en el caso concreto es una sentencia, producto de un tribunal colegiado.

14) El segundo caso de defecto de composición se refiere a la violación del principio de "inmutabilidad física del juez", según el cual el debate debe desenvolverse desde su inicio hasta su fin siem-

(26) MANZINI, "Tratado de Diritto Proc. Pen." 5 ed., 1956, vol. II, pág. 150.

(27) "Kommentar zur Strafprozessordnung", 4º ed. 1958, pág. 938.

pre ante los mismos jueces, entendidos como las mismas personas físicas. El principio en cuestión quiere que en el debate no haya sustitución física del juez y que la sentencia sea el resultado del convencimiento de los jueces que han presenciado el debate. Este principio existe en el nuevo Código Procesal porque el debate (por lo demás, como el plenario del Código Procesal Penal de 1910) está inspirado en la oralidad y en la inmediatez, a diferencia de la fase instructoria, inspirada en la escritura y en la mediatez.

Sin embargo, la nulidad debida a la violación del principio de inmutabilidad física el juez tampoco entra en el 145, inciso 1º, porque está expresamente prevista en el artículo 392.

Resta agregar que algunos sostienen que la violación de principio de inmutabilidad física el juez influye sobre la regularidad de la relación procesal y que por tanto, es un caso de inexistencia.

b) *Violación de las disposiciones relativas a la participación del Ministerio Público, en los casos en que la misma sea obligatoria.*

15) Ciertamente esta causal de nulidad genérica es muy importante. Se explica por sí misma porque el Ministerio Público es el representante del Estado acusador, del Estado que ejerce la pretensión punitiva.

Hay actos procesales en los que el Ministerio Público no interviene. Hay procesos en los que la participación de éste no es tan acentuada (así, los de acción privada).

c) *Violación de normas relativas a la asistencia, intervención y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece.*

16) Con relación al imputado se presentan varios problemas: lo primero que hay que analizar es la capacidad procesal del imputado. El artículo 145, inc. 3 no tiene una referencia concreta a la capacidad del imputado. ¿Será válido un proceso en que el imputado sea incapaz procesalmente?

d) *Nulidad por incapacidad de las partes.*

1—*La capacidad de ser parte en el Proceso Penal.*

17) El imputado se presenta como titular de una serie de situaciones —derechos, obligaciones, cargas, sujeciones— que le provienen de la circunstancia de ser sujeto de la relación procesal penal, y que se expresan por medio del cumplimiento de una serie de actos penalmente relevantes. Por consiguiente, dos problemas se plantean:

a) Determinar los requisitos necesarios para que exista o subsista la aptitud a la titularidad de esas situaciones (capacidad de ser parte).

b) Determinar las cualidades necesarias para la idoneidad de la realización de los mismos actos procesales (capacidad de actuar en juicio).

Capacidad de ser parte o legitimatio ad processum y capacidad para actuar en juicio o 'legitimatio ad causam', son las dos vertientes de la capacidad procesal. Sin embargo, en materia procesal penal —y salvo contadas excepciones— la capacidad procesal del imputado coincide con la capacidad de ser parte, de modo que los requisitos indispensables para fundar la capacidad de ser imputado bastan, normalmente, para que el sujeto tenga capacidad de realizar todos los actos procesales relevantes que el legislador configure como actos del imputado. (28)

De acuerdo con el artículo 274, se es imputado "...cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible...". Determinar quién puede ser imputado, por consiguiente, consiste en averiguar a quién puede atribuirse un determinado ilícito penal. Y como en última instancia, todo aquel que comete un hecho punible está sujeto a penas o medidas de seguridad, de ahí se deduce que la capacidad de ser parte en el proceso penal (y por tanto de actuar) solamente puede definirse por la posibilidad de estar sujeto a los dos tipos de sanciones criminales. Serán incapaces de ser parte y de actuar en el proceso penal todos aquellos que no pueden ser sometidos ni a una pena ni a una medida de seguridad. Así configurada la capacidad procesal es un directo reflejo de la capacidad penal.

Dejando de lado a las personas jurídicas —excluidas por el mismo derecho positivo de la capacidad de acción del derecho penal— dos grupos son los que presentan problemas con relación a la capacidad: los inmunes y los no imputables.

Además debe incluirse a todos aquellos sujetos activos de delitos que sólo pueden ser procesados cuando haya declaratoria previa prejudicial a la acción penal.

Con relación al inmune se ha observado que "...la presencia de una persona con calidad de ser imputada entra en los presupuestos de la relación procesal penal...". Por consiguiente, la autoridad judicial a la que llegue una "notitia criminis" eventualmente referida a una persona carente de la mencionada capacidad hace superfluo el mismo pronunciamiento de un decreto de archivación y hace jurídicamente inexistente el proceso eventualmente instaurado" (ver art. 7º y otros). (29)

(28) Así, LEONE, "Lineamenti di Diritto Proc. Pen.", pág. 171; CONSO, G., "La Capacità dell'imputato nel rapporto Processuale Penale", in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1959, pág. 1311.

(29) CONSO, Op. cit., pág. 1314.

18) ¿Qué podemos decir de los inimputables? ¿Qué ocurre en el caso de que el juez juzgue a una persona menor de 17 años? Nada se dice, con relación a la competencia personal en las disposiciones relativas a la competencia. Lo mismo puede decirse de los otros inimputables. En estos casos, la solución del problema depende, en definitiva, del concepto que se tenga de medida de seguridad —carácter administrativo o judicial—. Si se la considera como de carácter administrativo, el proceso se restringe a las penas; los inimputables son penalmente y procesalmente incapaces. Cuando hay enfermedad de la mente, lo que se produce es incapacidad de actuar en el proceso, pero no incapacidad de ser parte. Lo que es imposible es llegar a una sentencia condenatoria propia del llamado proceso penal de cognición.

Para la validez de la relación procesal penal se requiere la capacidad penal de los sujetos que intervienen en ella. El Código de Procedimientos Penales utiliza el término capacidad en pocos artículos: 145, inc. 1º, (que habla de la capacidad del juez); el artículo 241 (habla de la capacidad del intérprete); el 226 (habla de la capacidad para ser testigo). Llama la atención que el legislador procesal haya omitido referirse a la capacidad de aquellas personas a las que se refiere, y que es lo que en sentido técnico la doctrina procesalista privada designa con el término de *capacidad*. Vale decir, la capacidad del actor o del demandado, que en materia procesal penal sería la capacidad del imputado, del querellante, de la parte civil y del responsable civil (que puede ser persona jurídica). La explicación de este fenómeno puede encontrarse en el hecho de que tal nomenclatura tiene sentido si es posible distinguir la capacidad de actuar y la capacidad de “estar” en justicia. A su vez, la distinción entre “legitimatio ad causam” y “legitimatio ad processum”, tiene sentido cuando puede delinearse autonomía de la capacidad de la primera respecto de la segunda. Ahora bien, ello pierde, la mayoría de las veces, importancia en el proceso penal.

19) ¿Cuáles son los efectos que produce la incapacidad de los sujetos del proceso penal? Esos efectos son diversos. Por ejemplo, la capacidad del juez penal está sancionada con pena de nulidad (absoluta) en el artículo 145, inc. 1º; la incapacidad del Ministerio Público no está expresamente regulada, pero puede aplicarse el 145, inc. 2. A la incapacidad del defensor del imputado puede aplicarse el artículo 145, inc. 3, “mientras que con relación a la carencia de capacidad de los defensores de partes diferentes del imputado —partes privadas— únicamente se producía una nulidad relativa toda vez que su presencia esté requerida por la ley bajo pena de nulidad”.⁽³⁰⁾ Para la incapacidad del perito (art. 241) y la del intérprete (art. 254) el Código no establece ninguna sanción. Lo mismo puede decirse de la incapacidad del testigo (art. 226).

(30) CONSO G., “Equivoci e pericoli nell’uso della nozione di capacita processuale penale”, en Riv. Ital. di Dir. e Proc. Pen., pág. 759.

La incapacidad del imputado da origen a una inexistencia de la relación procesal; por tanto, da origen a una inexistencia jurídica. (31)

20) Diferente es el caso de las incompatibilidades. Las mismas son numerosas en el proceso penal (art. 241 para peritos e intérpretes (art. 254), 229 para testigos, etc.). La incompatibilidad, típica institución de derecho público, significa que la persona es excluida no porque el legislador la considere no idónea para asumir cierta posición o para desenvolver cierta actividad procesal, sino porque la precedente o concomitante actividad procesal asumida y el precedente o concomitante ejercicio de una actividad procesal, induce a considerar como no oportuno que la misma persona sea llamada a asumir una nueva posición o a desenvolver una actividad nueva en el curso del mismo proceso. (32)

2—Casos de nulidad del artículo 145 inc. 3.

21) Dejando de lado los problemas de capacidad, que expresamente no están regulados para el imputado en el Código, tres son los motivos de nulidad del artículo 145, inc. 3.

a) El primero es la intervención del imputado.

2) La intervención del imputado en el juicio se relaciona con el de los llamamientos a juicio y con la puesta en conocimiento de las resoluciones judiciales. Vale decir, con las notificaciones, citaciones y audiencias.

a) En cuanto a las citaciones puede decirse que son el medio por el cual se requiere la presencia de una persona para practicar determinado acto judicial. A su vez, la persona comparece cuando se presenta ante la autoridad judicial por efecto de una citación. En el nuevo Código Procesal, la citación es una pieza esencial del proceso y a ella se refieren los siguientes artículos: 39, 52, 59, 61, 71, 63, 72, 76, 134, 135, 148 inc. 1º, 169, 189, 230, 232, 267, 316, 331, 346, 355, 358, 379, 387, 413 y 420.

b) Ciertamente que la ausencia de una citación puede producir nulidad absoluta. La doctrina individualiza una serie de situaciones en las que la falta de citación al imputado produce una total indefensión (en el nuevo Código, la citación del artículo 355, por ejemplo que lo es para la vista). La misma indefensión del imputado la puede producir la falta de notificación.

c) La citación pertenece a aquella categoría de actos llamados por Conso (33) tipos (“Fattispecie”) procesales de formación compleja

(31) CONSO, Op. cit., pág. 759.

(32) CONSO, “Equivoci...”, pág. 761.

(33) CONSO, “I fatti giuridici Processuali Penale”, Giuffrè, 1955, pág. 4 y 5.

necesariamente sucesiva. Unos tipos procesales (tipo procesal es aquel acontecimiento que tiene su propia relevancia típica) son simples (formados por un solo hecho jurídico). Los complejos son los tipos que están compuestos de varios hechos jurídicos. Hay tipos procesales complejos en los cuales los hechos que los integran deben desarrollarse sucesivamente: es el caso de los tipos complejos de formación necesariamente sucesiva, en los cuales hay un hecho jurídico que funciona como condición y presupuesto de otro hecho. En ciertos tipos, un hecho funciona como condición en el sentido de que su ausencia se presenta como un hecho impeditivo de eficacia respecto del hecho supuesto como condición. La invalidez del hecho sucesivo sólo infuye en la eficacia, no en la perfección.

23) Aplicados los principios anteriores a la citación —y particularmente al decreto de citación de los artículos 349 y 355— vemos que, como los efectos de la misma solamente se determinan por medio de la notificación al interesado, se trata de un tipo ('fattispecie' compleja), de formación sucesiva, constituida por dos hechos: el acto que debe notificarse y la notificación. En la misma se distinguen dos fases: la de expresión y la de emisión; la primera está constituida por la formación del decreto, la segunda por su notificación.⁽³⁴⁾

El paso entre las dos fases se da cuando se imparte la orden a los sujetos enumerados en el artículo 135 para la notificación. En el ámbito de la 'fattispecie' compleja, la formación del decreto asume el carácter de presupuesto, mientras que la notificación asume el papel de condición de eficacia, en el sentido de que su verificación o no, no incide sobre la perfección del acto precedente, sino solamente en el plano de la eficacia del mismo.

24) Varias conclusiones podemos sacar de lo anterior:

a) La ausencia o imperfección de la notificación no compromete la perfección, sino la eficacia del decreto.⁽³⁵⁾ Y las nulidades deben dividirse en aquellas del decreto de citación y aquellas referentes a la notificación del mismo.

¿Cuál nulidad es la establecida en el artículo 349? Este artículo dice que el Presidente del Tribunal "...citará, bajo pena de nulidad, al fiscal, a las partes y a los defensores...". Se refiere a la nulidad del decreto de citación, y ello se deduce del mismo artículo, pues indica que "Cuando se proceda por citación directa en la misma oportunidad en que se convoque a juicio se notificarán, bajo pena de nulidad, las conclusiones del requerimiento fiscal". Por tanto, este artículo mira al contenido del decreto. La nulidad de la notificación de la citación puede también producirse, pero en virtud del artículo 134. Este artículo indica que "Cuando sea necesaria la presencia de una persona para algún acto procesal, el Tribunal ordenará su citación. Esta será practicada de acuerdo con las formas prescritas para la notificación, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente".

(34) COLANGELO, Op. cit., pág. 1277.

(35) CONSO, Op. cit., pág. 180, nota 41.

¿Qué ocurre si el notificador se equivoca y cambia la fecha? La situación estará regulada por los artículos 132 y 133.

La distinción entre la nulidad de la notificación y la nulidad del decreto de citación es importante por varios motivos. La invalidez del acto sucesivo, es cierto, no perjudica la validez del acto antecedente. Pero la citación a juicio es una 'fattispecie' preordenada a la constitución de una relación procesal válida, que en virtud del defecto de notificación nace viciada de nulidad absoluta. Esta nulidad absoluta se refleja, a su vez, sobre los actos sucesivos. Y entonces, mientras la nulidad de la notificación resulta siempre irrelevante para efectos de una eventual prescripción del delito, no ocurre lo mismo con la nulidad del decreto de citación, porque si lo que interrumpe la prescripción (en el Código Italiano) es tal citación, lo es en cuanto sea jurídicamente regular.⁽³⁶⁾

Es claro que hay otras violaciones del derecho de defensa, que pueden cometerse por un procedimiento diferente de la irregularidad de la citación, audiencia o notificación, y sería una labor de nunca acabar, enumeradas. Solamente nos referiremos a algunas de ellas:

Caso claro de violación del derecho a asistencia (legal) sería la no concesión de un plazo mayor que el establecido por el artículo 274, a petición del reo para elegir defensor. Lo mismo puede decirse de la comunicación del día de la declaración del imputado al abogado para que asista (art. 275).

Desgraciadamente, el Código sigue siendo tan malo como el anterior en lo que se refiere al derecho de defensa, pues permite que el individuo se defienda personalmente, siempre, dice el artículo 80 "que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste al normal funcionamiento del proceso".

Con ello olvidaron los legisladores las sabias palabras de Carlo Massa:⁽³⁷⁾

"Si el proceso penal moderno se basa sobre el esquema de la relación procesal, si el juez al dirimir el contraste entre el derecho punitivo del Estado accionado por el Ministerio Público y el derecho a la libertad del imputado, contraste subsistente siempre, sean las actitudes de las partes en el proceso, no puede ponerse en duda que el imputado frente al órgano técnicamente preparado, debe tener también la defensa de un órgano técnicamente preparado..." "...Lo que significa que para la regularidad de la relación procesal no es suficiente la simple presencia del imputado, sino que es necesario que éste pueda defenderse y ser defendido, lo que hace necesaria la presencia del defensor, órgano técnico de la defensa".

(36) CAVALLARI, "Le Notificazioni nel processo penale", 1959, Giuffrè, Editore, pág. 290.

(37) MASSA, Carlo, "Considerazioni sull'omissione dell'avviso di cui all'art. 410 Capp al difensore dell'imputato", en Rivista Italiana di diritto e Procedura Penale, Pág. 349, 1959.

25) Hay casos en que la ley autoriza una restricción de los derechos de la defensa.

Varias situaciones se presentan:

a) Especialmente en la etapa de instrucción, las garantías de la defensa pueden ser reducidas. El caso típico es el artículo 192 y 243 Cpp.

Art. 192:

“Antes de proceder a realizar algunos de los actos que menciona el artículo anterior, excepto el registro domiciliario, el juez dispondrá, *bajo pena de nulidad*, que sean notificados el Agente Fiscal y los defensores; pero la diligencia se practicará en la oportunidad establecida, aunque no asistan.

Sin embargo, se podrá proceder *sin notificación* o antes de la oportunidad fijada, cuando el acto sea de suma urgencia o no se conozcan, la enfermedad o el impedimento del testigo antes de las declaraciones mencionadas en el artículo anterior. *En el primer caso se dejará constancia de los motivos, bajo pena de nulidad*”.

Y los actos que menciona el artículo 191 son los registros, los reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones, excepto los dispuestos en el artículo 204 “...siempre que por su naturaleza y características se deban considerar actos definitivos e irreproducibles; asimismo, a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio”.

Tanto el artículo 192 como el 243 importan una restricción a los derechos de la defensa. En cuanto al artículo 192, primera parte, no cabe duda que la falta de notificación al Ministerio Público o a la parte, produce, en ausencia de una urgencia, nulidad absoluta, por violación del artículo 145, inc. 2 y 3.

Diferente situación es aquella en la que, habiendo urgencia, el juez omite notificar y omite, además, dejar constancia de los motivos. Para tal hipótesis, el legislador establece expresamente la pena de nulidad. Solamente que dicha falta de motivación produce nulidad relativa. Pero, sin embargo, la inobservancia del último párrafo del artículo 192 puede producir también una nulidad absoluta. Basta pensar, en el caso de que, además de la ausencia de motivación, exista, la ausencia de urgencia, o bien, cuando habiendo motivación, la misma no corresponda a una verdadera urgencia. En tal caso ha resuelto la Corte de Casación Italiana⁽³⁸⁾ que:

“Si se admitiese la posibilidad de una genérica referencia a la absoluta urgencia del acto, sí violaría no solamente la volun-

tad de la norma, fácilmente descubrible —y sancionada con nulidad— por la omisión de los motivos de la urgencia misma, sino también la lógica del sistema, para el cual toda motivación debe ser adecuada a la resolución adoptada, en el sentido de que debe dar razón de los concretos motivos que la determinan”.

Parece lógico pensar, en consecuencia, que la ausencia de notificación cuando no hay urgencia, la ausencia de motivación cuando hay urgencia, o la motivación cuando no hay verdadera urgencia, produce nulidad. Solamente que en el segundo caso se trata de una nulidad relativa (reclamable por la parte y cuando haya perjuicio), mientras que en el primero y en el tercer casos se trata de nulidades absolutas, declarables de oficio y en cualquier estado del proceso. Y lo son, porque se está suprimiendo la intervención de una parte cuando la ley dispone que participe: hay, por tanto, violación del derecho de defensa.

El problema se presenta cuando hay motivación, pero la misma no corresponde a la urgencia (‘suma urgencia’, según el artículo 192 Cpp). ¿Qué se entiende por ‘suma urgencia’? Desde luego, las razones de ‘suma urgencia’ deben revestir, ante todo, caracteres de objetividad y ser de aplicación excepcional en aquellos casos en que la necesidad de adquirir el medio de prueba pueda sufrir un inminente e irreparable perjuicio con el retardo ocasionado si se notifica el aviso a los defensores. Es cierto que la valoración de la necesidad es poder discrecional del juez, pero éste no puede sustituir a las circunstancias objetivas existentes el propio convencimiento. De ahí que esta valoración discrecional debe serlo en el pleno sentido de la palabra; es decir, el fruto de elementos objetivos y concretos, y no de la arbitrariedad del juez. La situación de urgencia debe corresponder a una situación real y concreta, fácilmente determinable, y no solamente aparente y formal.

Parece cierto, por otro lado, que el perjuicio eminente e irreparable que en los casos de absoluta urgencia pueda causarse con la demora, se refiere a los rastros materiales del delito y a su recolección.

Se ha observado que la inminencia, como carácter de la ‘suma urgencia’, significa que el evento tenido por quien pida la resolución de urgencia debe ser de vecina y no de remota posibilidad; la ‘irreparabilidad’ ocurre toda vez que, dentro del modo normal de desenvolverse un juicio, el autor no pueda servirse de un remedio suficientemente eficaz contra la situación de inferioridad que derivaría del daño que lo amenaza. Los artículos 192 y 243 hacen aplicación del principio “*si periculum est in mora, receditur a regulis iuris communis*”. El mismo autoriza la recepción de la prueba “*inaudita parte*”, pero debe tenerse presente que, de no existir fundamento para aplicarlo, se produce una nulidad absoluta por indefensión.

(38) Cass. 3 marzo 1960, citada por PERCHINUNNO, Vicenzo, “Sull’omissione dell’avviso al difensore per ragioni di assoluta urgenza ex art. 304 - ter. Cpp”. in Riv. Ital. di Diritto e Procedura Penale, 1967, pág. 1059.

b) Otra importante reducción a la defensa es la que acontece en el procedimiento de citación directa, especie de juicio ejecutivo en materia penal (art. 401 y sigtes.).

c) Especialmente en Italia se ha restringido el derecho de defensa, y también la posibilidad de asistencia de abogado a ciertos actos de la instrucción, por aplicación de la vieja distinción entre la "prueba genérica" y la "prueba específica". La primera tendería a la determinación de la materialidad del hecho, a la determinación del cuerpo del delito (*corpus instrumentorum* (cuchillo homicida), *corpus criminis* (persona o cosa sobre la cual se han ejecutado los actos que menciona la ley como delito) y el *corpus probatorium* (piezas de convicción —huellas, rastros, señales, etc. del delito o de imputado en los lugares o en las cosas). La segunda tendría por objeto la finalidad específica de identificación del reo. La prueba genérica constituiría una precondition para la prueba específica, porque sin el antecedente lógico de individualización de los actos delictuosos, no es posible la individualización del delincuente ("*priusquam de reo oportet constare de delicto*"). Ahora bien, mediante una interpretación extensiva, la jurisprudencia de algunos países con un sistema semejante al del nuevo Código Procesal ha afirmado que la falta de citación del imputado y de su defensor para una prueba genérica, no es causa de nulidad absoluta. El Código Italiano de 1930, por las críticas hechas a la interpretación jurisprudencial de este punto, modificó la situación y estableció un principio que es el consignado en un artículo semejante a nuestro artículo 191 Cpp.

d) Por último, cabe observar que el Código abre toda una gama de posibilidades "legales" de burla a los derechos de la defensa, por lo que en Francia se ha llamado las "*inculpations tardives*". Estas posibilidades derivan en nuestro derecho de la combinación del artículo 234 Cpp., referente a la declaración de los testigos y del 274. El primero permite interrogar como testigos, pero sin juramento a los que "...en el primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga o de otro conexo". El artículo 274, al contrario, obliga al juez a interrogar en 24 horas de puesta a su disposición a la persona "...cuando hubiere motivo bastante para sospechar... que ...ha participado en la comisión de un hecho punible". De donde, es posible burlar la declaratoria de imputado —y las garantías que produce— mediante el artículo 234.

B) Efectos de la nulidad

26) La nulidad produce determinados efectos: ante una nulidad declarada, de cualquier tipo que sea, hay dos posibilidades:

a) Rehacer el acto nulo y dejar vigente todo el resto del procedimiento.

b) Rehacer todo el proceso a partir del acto nulo.

27) La doctrina francesa y la jurisprudencia han seguido el segundo procedimiento: la nulidad declarada, de cualquier tipo que sea, anula todo lo actuado con posterioridad al acto nulo. Es aplicación del adagio "*Quod nullum est nullum effectum producit*".

28) El sistema seguido en el nuevo Código Procesal está establecido en el artículo 150 Cpp. Según éste:

"La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan.

Al declararla, el Tribunal establecerá, además, a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por conexión con el acto anulado.

El Tribunal que la declara ordenará, cuando fuere necesario y posible, la renovación o rectificación de los actos de la resolución anulados".

Este artículo establece, pues, una limitación a los efectos de la nulidad. La absoluta, relevante en cualquier estado y grado del procedimiento, sin embargo, no vicia todos los actos cronológicamente posteriores al viciado. Son viciados sólo aquellos actos sucesivos, anteriores o contemporáneos que sean dependientes o conexos con el acto nulo.

Dos situaciones diferentes contempla el artículo 150 Cpp.

a) Los actos posteriores que decaen, a consecuencia de una nulidad, son los dependientes. Se ha sostenido por la jurisprudencia italiana que los actos procesales dependientes de otros son aquellos que encuentran en el acto nulo, sus premisas lógica y jurídica. Cayendo tal premisa, debe necesariamente venir a menos la validez de aquellos actos que a ella sigan. Escribe Crivallari,⁽³⁹⁾ que entre los actos sucesivos y el acto nulo debe existir "una relación de dependencia efectiva, no solamente accidental u ocasional".

¿Cómo debe y con base en cuál criterio, ser valorada la dependencia lógico-jurídica entre los actos sucesivos y el acto nulo? Cuando éste sea un necesario antecedente. En el caso de la pericia en la instrucción, la nulidad del auto de elevación a juicio sigue a consecuencia de la declaratoria de nulidad de la pericia de instrucción toda vez que entre la pericia y el auto de elevación a juicio subsista una situación de dependencia, entendiéndose por ello, una relación de causalidad entre el acto probatorio y el auto de elevación a juicio.⁽⁴⁰⁾ La jurisprudencia italiana ha desenvuelto este punto aplicando una disposición semejante a la del 150. La relación de dependencia se determina con base en un mero criterio de valoración causal, que parte del valor que expresa el acto nulo en la economía del juicio. Por ejemplo, la pericia nula no produce ningún efecto respecto del

(39) CRIVALLARI, "Considerazioni in tema di annullamento degli atti processuali Penali", in arch. Pen. 1959, I, pág. 197.

(40) Así, LOZZI, Gilberto, "I limiti cronologici della fase predibattimentale", 1963, Giuffrè, pág. 175.

auto de elevación a juicio si el juez, aun prescindiendo del acto en cuestión, hubiese podido formar decisión con elementos resultantes de otros actos. En tal caso, siendo válida la resolución que concluye la instrucción, el juez ordena únicamente la renovación del acto nulo, siempre que tal operación aparezca necesaria y relevante para los fines del juicio.

b) El segundo límite importante deriva del artículo 353 Cpp., que reglamenta el caso de la instrucción suplementaria. Partiendo de un artículo semejante, ha interpretado la jurisprudencia italiana que la restitución del proceso al juez de instrucción solamente es posible en los casos establecidos en el art. 456 Cpp. ital. (nuestro art. 353). La nulidad declarada por el Tribunal de juicio no siempre ocasiona un reenvío del proceso al juez de instrucción; lo ocasiona solamente en el caso de que la nulidad afecte a un acto de los establecidos en el artículo 353. (41)

c) En tratándose de la nulidad de una sentencia declarada en Casación, el artículo 483 establece la anulación de la sentencia del debate basados en ella y de los actos cumplidos de manera irregular y remite el proceso al órgano en el cual hubo el error para la nueva tramitación. Pero establece la posibilidad de que no se anule todo el proceso.

29) Por otro lado, la nulidad declarada, aún a petición de parte, favorece a todos los imputados que se encuentren en la misma situación (art. 455).

SECCION II—Otros errores in procedendo

Además de la nulidad, existen dos importantes manifestaciones de los errores *in procedendo*. Ellas son las irregularidades procesales y la inexistencia.

A) Las irregularidades

30) En determinadas situaciones, la violación de una regla procesal solamente ocasiona, si acaso, una llamada de atención. El vicio no afecta para nada al acto y se da la paradoja de que un acto imperfecto es, no obstante, eficaz.

La explicación del fenómeno la da Franco Cordero, (42) partiendo de la economía procesal. En tales circunstancias la transgresión

(41) FOSCHINI, G. "Nullità della sentenza istruttoria rilevata nel giudizio di appello", in Riv. Ita. di Dir. Pen., 1951, pág. 736.

(42) CORDERO, Franco, "Nullità, Sanatorie, vizi Innocui", en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Giuffrè, 1961, pág. 706.

de una norma no es tal, por no seguirse un perjuicio jurídicamente relevante.

Cordero considera casos de irregularidad todos aquellos actos que o son irrelevantes, o los actos en los que por otros medios —léase actos procesales sucesivos— se ha alcanzado el fin perseguido por el legislador (art. 149, inc. 3).

Nosotros agregamos que en esta categoría entran el incumplimiento de todas aquellas formalidades que no tienen pena específica de nulidad y que no sean nulidades genéricas del artículo 145. Por otro lado, en muchos artículos, el legislador expresamente se refiere a los vicios que no producen nulidad: así, 484, 92, 144, 28, 390, 395 párr. último, 109, 110, 397 (calif.).

B) La inexistencia

31) La inexistencia ha sido la respuesta italiana a dos características del sistema italiano de nulidades: las nulidades textuales y el hecho de que todas las nulidades sean sanables, en virtud de la cosa juzgada. La doctrina, entonces, se vio en la necesidad de crear una especie de válvula de seguridad, a través del concepto de inexistencia. (43)

32) Un primer problema que afrontó la doctrina fue el de diferenciar la inexistencia de la nulidad, especialmente de la absoluta. Y por este medio, la misma fijó las siguientes diferencias, más o menos discutibles:

a) La inexistencia es un concepto lógico jurídico; por tanto no puede estar lógicamente determinado a través de las contingentes orientaciones del legislador, quien sigue, para efectos de tipificar las nulidades, criterios de política procesal.

b) La inexistencia es una calificación inherente al acto que no existe jurídicamente como tal; la nulidad es un atributo del acto existente. El acto viciado de nulidad existe y en última instancia, si la nulidad no es declarada, rige el principio general "*imperfectum et nullum aequiparantur in iure*".

c) El acto inexistente, a diferencia del acto nulo, importa una invalidez total y absoluta, permanente, extensiva y declarable siempre de oficio por el juez. Y cuando se trate de una sentencia inexistente, el paso de la misma en "*giudicato*", lo es sólo en apariencia". (44)

d) Al mismo tiempo, el vicio de la inexistencia es denunciabile por cualquiera y en cualquier tiempo. Lo establece una resolución de carácter declarativo. (45)

(43) CIRAOLLO, Giuseppe, "La Sentenza Penale Apparente", en Rivista di Diritto Processuale Penale, 1957, pág. 115.

(44) FROSALI, "Incertenze giurisprudenziale...", Rivista Italiana di Diritto Penale, 1952, pág. 797.

(45) LEONE, G. "Sentenza Penale Inesistente", en Rivista Italiana di Diritto Penale, 1936, Págs. 19 y 20.

e) Si la inexistencia se hace valer a través de los normales medios de gravamen, su ejercicio está sometido a la disciplina procesal establecida al efecto. (46)

¿Cuáles son los actos que pueden considerarse inexistentes?

La jurisprudencia italiana da los siguientes ejemplos de tipos procesales de inexistencia: Decreto de citación que establece una fecha posterior de aquella en que el debate se ha celebrado; (47) la decisión que no puede transformarse en sentencia regular por muerte del pretor; (48) sentencia condenatoria emitida contra un difunto; (49) los actos procesales realizados por el juez o por la parte en un delito perseguible a instancia privada (querrela) cuando la misma falte (cas. 16 de febrero de 1944), entre otros casos. La sentencia de las "Sezioni Unite" de las Cámaras de 3 de junio de 1950 (italiana) declara lo siguiente:

"...la sentencia jurídicamente inexistente, siendo una realidad de hecho, no es una realidad jurídica: a diferencia de la sentencia nula, no admite sanatoria, no adquiere fuerza de cosa juzgada, no constituye un obstáculo al ejercicio de la acción penal nuevamente, ni puede ser puesta en ejecución..."

Entre los criterios que se han presentado, uno de los más acertados es el de Ciraolo. (50) Este autor distingue aquellos elementos de la sentencia esenciales para el concepto de cualquier acto jurídico de los elementos necesarios para su validez.

Según él, elementos esenciales, existenciales, del concepto de sentencia penal son los siguientes: un juez investido de una jurisdicción penal; un imputado; un documento que contenga la decisión emanada del juez y con relación al imputado. (51)

33) Estos conceptos existenciales de la sentencia dan lugar a la inexistencia cuando faltan; pero ningún legislador se ha preocupado de establecer el concepto de acto inexistente, porque las causas de inexistencia son cánones lógicos que son deducidos por negación.

a) *Un Juez investido de una Jurisdicción Penal.*

34) Un primer elemento esencial para la existencia de la sentencia es la presencia de un órgano jurisdiccional del cual derive la sentencia. El problema se presenta con las decisiones emanadas de jueces que no son penales sobre un asunto penal (por ejemplo, un juez civil resuelve un asunto penal). Algunos autores, partiendo de la unidad de la función jurisdiccional, creen que se tratará de un caso de

(46) Así, Zuccalá, "Sentenza inesistente di giudice speciale e ricorso della parte civile", en Riv. Ital. dir. pen., 1949, pág. 62.

(47) Cas. 28 maggio 1934, in Riv. Ital. di Dir. Pen., 1953, pág. 508.

(48) Cas. 15 dic. 1937, citada por Fisoli, Op. cit., pág. 799.

(49) Cas. 3 de enero de 1941, en Scuola Positiva, 1951, II, pág. 177.

(50) CIRAULO, Op. cit., pág. 133.

(51) CIRAULO, Op. cit., pág. 133.

nulidad absoluta y no de inexistencia. Otros como Ciraolo afirman que en tal situación se presenta un caso de inexistencia, porque si existe unidad de la función jurisdiccional vista desde el exterior, en lo interno la jurisdicción penal es profundamente diferente de las otras. En nuestro derecho, y de conformidad con el nuevo Código, creo que es un caso de nulidad, pues la inexistencia solamente se da en ausencia de nulidad y ésta es la sanción que asigna el Cpp., art. 16, a la inobservancia de las reglas relativas a la competencia por razón de la materia, del territorio, etc.

B) *Un imputado.*

35) Según el artículo 400 Cpp., la sentencia es afectada de nulidad sanable cuando "...el imputado no estuviere suficientemente individualizado". A "contrario sensu", la suficiente determinación de la persona del imputado es una condición para la validez de la sentencia.

Aparece claramente que el artículo 400 Cpp. supone la existencia de un imputado, de una persona, con relación a la cual se dirigió la acción penal y respecto de quien se pronunciará la sentencia. Si el imputado falta, porque murió, etc., estaremos en presencia de una sentencia inexistente.

C) *Una decisión*

36) Lo mismo puede decirse de los siguientes incisos del artículo 400 Cpp. El inciso 2 prevé la falta de enunciación de los hechos imputados, el tercero la ausencia de elementos probatorios, etc. En todos estos casos tendremos sentencia nula, viciada, pero válida. La única situación que podría dar base a duda es la prevista en el inciso 5: "cuando faltare o fuere incompleta en sus efectos esenciales la parte dispositiva".

37) Se afirma que la inexistencia de una sentencia se produce cuando no hay decisión penal en el caso concreto. Podría objetarse, empero, que tal visión choca con el inciso 5 del artículo 400. La contradicción desaparece cuando se toma el concepto de "parte dispositiva", en sentido restringido. Y cuando una sentencia no decida sobre un caso concreto, sino que se limite a afirmar un puro principio abstracto jurídico, la doctrina habla de "inexistencia". (52)

38) ¿Cuáles son los medios procesales que pueden ser utilizables para determinar la inexistencia?

Es afirmación corriente que la inexistencia no produce ningún efecto jurídico; ello no elimina la necesidad de una declaratoria judicial ("accertamento") de la inexistencia, para impedir que una sentencia, jurídicamente inexistente, sea puesta erróneamente en ejecución.

(52) CIRAULO, Op. cit., pág. 140.

Estos medios procesales deben buscarse entre aquellos previstos por el legislador, pues al intérprete no le está permitido sustituirlo en ese aspecto.

La casación italiana (sent. Cass. 25 giugno 1958), ha previsto para ello al juez de ejecución de la pena. Pero, la mayoría de la doctrina ha investigado cuáles de los medios impugnativos corrientes pueden ser utilizados para tal fin. Así:

a) Algunos sostienen que para la declaratoria de inexistencia deben utilizarse los medios originarios de impugnación, aunque haya transcurrido el tiempo fijado por la ley para su proponibilidad. (53)

b) Otros piensan como E. Battaglini, (54) que son los medios comunes los utilizables, pero dentro de los plazos fijados por la ley bajo pena de decadencia.

c) Un tercer grupo ha negado que los casos de inexistencia de una sentencia puedan ser reclamados por medio de los medios normales de impugnación, porque solamente puede impugnarse lo que existe y no lo que no existe; y si lo que no existe fuera impugnable solamente podría serlo dentro de los términos normales preestablecidos, pues quien deja pasar inútilmente los términos, posibilita que alcance plena eficacia el acto inexistente.

d) Otros como Roberto Mancinelli (55) creen que, si bien es cierto la inexistencia no se subsana con el paso del término para impugnar la sentencia, nada impide que la misma pueda ser propuesta por un medio común de impugnación. Solamente que cuando el problema verdaderamente se plantea ya ha pasado la fecha para impugnar. En tal caso, la solución es acudir al incidente de ejecución, previsto en nuestro Código Procesal en el artículo 502. En efecto, el objeto de dicho incidente es determinar si la ejecución se funda sobre un título idóneo. Por consiguiente, es la vía ideal para que se declare la inexistencia.

39) Un problema se plantea: es que el incidente de ejecución, según el artículo 502 solamente puede ser planteado por el Ministerio Público, por el interesado o su defensor; el juez de ejecución no podrá tomar la iniciativa para llegar, por ese medio a la declaratoria de inexistencia. La casación italiana, con texto semejante, ha atribuido tal poder al Juez de ejecución, partiendo del principio de que previamente a ejecutar, debe examinar de oficio si el título sobre el cual se fundamenta la ejecución tiene todos los requisitos que exige la ley. Ahora bien, el primer requisito de la sentencia es su eficacia.

(53) Así, ZUCCALA, "Sentenza inesistente di giudice speciale e ricorso della parte civile", Riv. Ital. di Dir. Pen., 1949, pág. 62.

(54) BATTAGLINI, E. "Ancora sull'impugnazione di sentenza inesistenti", IN Giustizia Penale, 1957, c. 554.

(55) MANCINELLI, Roberto, "L'accertamento dell'inesistenza della sentenza Penale", en Rivista Ital. di Dir. e Proc. Pen., 1959, pág. 673.

CONCLUSIONES

El nuevo Código Procesal consagra un sistema superior de vicios formales que el que tiene el Código Procesal Penal de 1910. En este Código, hoy todavía vigente, la nulidad cumple un papel secundario y subordinado al derecho de fondo. En las instancias, la ausencia de un incidente de nulidad, hizo que la nulidad tuviera que ser alegada a la hora de reclamar sobre el derecho de fondo. En Casación, y en virtud de la interpretación jurisprudencial, la nulidad (y en general, los vicios de forma) fueron absorbidos por el concepto de indefensión. La indefensión, alegable por el perjudicado, sólo era declarable si, habiéndola, había sido alegada en las diferentes instancias. Esto condujo a la supresión del concepto de nulidad relativa.

En el nuevo Código Procesal la nulidad juega un papel esencial. No sólo por la supresión del segundo grado de instancia para las sentencias y los autos con carácter de sentencia, sino también para efectos del recurso de Casación contra las sentencias, en el cual las causales de apertura por la forma están expresamente establecidas.

Por otro lado, la identidad de textos en lo relativo a vicios formales de nuestro Código Procesal y del italiano asegura a nuestros tribunales una amplia base doctrinal de análisis. Ello es bueno en un país como el nuestro, de escasa producción jurídica.