

Alberto M. Binder

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS FORMAS PROCESALES

*Elementos para una crítica a la teoría y normativa
de las nulidades en el proceso penal*

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

Reimpresión

FOTOCOPIADORA:
C.E.D.
CARPETA: 510
S/F
FOLIO: 20 D/F 36



ADHC



51000020



EL INCUMPLIMIENTO
DE LAS FORMAS PROCESALES



Primera edición: noviembre 2000
Primera reimpresión: abril 2009

Binder, Alberto M.
El incumplimiento de las formas procesales.
1ª ed., 1ª reimp. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
142 p.; 23x16 cm.

ISBN: 978-950-894-248-7

1. Derecho Procesal. I. Título.
CDD 347.05

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén O. Villela

© AD-HOC S.R.L.
Dirección, Administración y Correspondencia:
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778 / 4371-6635
C1055ABB Buenos Aires, República Argentina
info@adhoc-villela.com
www.editorialadhoc.com

Impreso en la Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723

ÍNDICE GENERAL

Prólogo..... 9

I.

FUNCIÓN DE LAS FORMAS PROCESALES

A. DUDAS, TRANSPOLACIONES Y CONFUSIONES EN LA TEORÍA UNITARIA.....	13
1. Un endeble punto de partida: de la forma jurídica a la forma procesal	13
2. Una confusión política: de la presunción de validez a la constitucionalización del proceso (las normas procesales bajo sospecha)	22
3. La necesidad de cambiar el centro de discusión	31
4. Las formas procesales y la práctica institucional....	34
5. La búsqueda de nuevas bases.....	47

II.

LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS

A. INTRODUCCIÓN.....	55
B. VERDAD Y SISTEMA DE GARANTÍAS. MACROESTRUCTURA Y MICROESTRUCTURA.....	59
C. EL SENTIDO DEL RÉGIMEN PROBATORIO	76
D. DEFECTOS FORMALES Y DEFECTOS SUSTANCIALES. LA NULIDAD POR LA NULIDAD MISMA.....	84
E. RESPUESTAS A LOS ACTOS DEFECTUOSOS	94
1. De la reparación a la nulidad	94



2. Tipos de respuestas al acto inválido	97
2.1. El saneamiento	98
2.2. La convalidación	105
2.3. La nulidad	108

III.

LA DISCIPLINA DE LA ACTIVIDAD ACUSATORIA

A. DE LA ACCIÓN PÚBLICA A LA ACCIÓN PRIVADA.....	119
B. LAS FORMAS PROCESALES Y LA TUTELA DEL INTERÉS DE LA VÍCTIMA.....	125
C. LAS FORMAS PROCESALES COMO CONDICIÓN DE OBJETIVIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO	131
<i>Bibliografía</i>	141

PRÓLOGO

Este pequeño libro es un ensayo. Lo es en varios aspectos. El primero, tiene que ver en su estilo: puntual, ya que se ocupa de un objeto muy preciso; abierto, porque no puede todavía ser presentado como una justificación rigurosa de sus hipótesis y provisorio, porque no cierra una investigación, sino que presenta sus primeros frutos y los expone a la crítica. El segundo aspecto se relaciona en sus pretensiones: se trata de una propuesta ambiciosa, ya que busca una renovación conceptual en un tema con estirpe y cotidianeidad. Pero el evidente desorden de la jurisprudencia es un llamado de atención que la teoría procesal no puede soslayar. En este sentido, vale la pena intentarlo. Por eso es un ensayo.

El tercer aspecto surge de su gestación: este ensayo contiene mucho de trabajo colectivo; sus líneas generales fueron expuestas y modificadas en un seminario realizado en el verano de 1999 en la sede Esquel de la Universidad Nacional de la Patagonia. En él participaron Nelly García, Bruno Deias, Gabriela Duva, Arnaldo Maza, María Ptolomei, Raúl Salinas, Soledad Pujó y Luciana Sánchez. A todos ellos les debo mi agradecimiento por la discusión, la investigación en la jurisprudencia y sugerencias que luego se incorporaron al texto final.

A las autoridades de esa Universidad y, en especial a Jorge Yunyen, también mi agradecimiento por

la hospitalidad y el apoyo. En esta dimensión también es un ensayo, porque no es común en nuestro país poder trabajar con equipos que discutan en el ámbito universitario y llegar a algún puerto (bueno o malo) con propuestas de análisis a investigación.

La misma hipótesis central de este trabajo (la crítica a una teoría unitaria de las nulidades) obligaba a una estructura de exposición diferente. El eje sustantivo o funcional lleva a tratar temas (el sistema de garantías, el régimen probatorio, el papel de la acción y el Ministerio Público, etc.), que parecen extraños a un trabajo sobre la invalidez de los actos procesales. Pero creo que es precisamente lo contrario: es imposible realizar un trabajo sobre los actos procesales sin analizar a fondo sus funciones o finalidades. Quizás el lector encuentre temas que no busca, y viceversa. Sin embargo, a través de las notas al pie —muchas veces por ello demasiado extensas— he tratado de que aparezcan y sean confrontados los temas “tradicionales” de un libro sobre nulidades. Para ello he tratado de dialogar con la obra de otros autores. En primer lugar con Carlos Creus, quien expresa del modo más consistente la doctrina unitaria, en sus expresiones más usuales. Por eso he buscado en especial criticar su trabajo. En segundo lugar, con Francisco D’Albora quien en su *Comentario* sintetiza con prolijidad —como lector atento que es, quizás el más atento en nuestra disciplina— tanto el “estado actual” como el “espíritu” de la jurisprudencia dominante. También lo he leído desde la crítica. Ambos deben saber que en todo momento lo he hecho con atención y respeto. Espero no haber distorsionado sus opiniones y espero sus comentarios.

En tercer lugar, con Nelson Pessoa, quien señaló la necesidad de la renovación conceptual y el enfoque político-constitucional, pero a quien le reprocho

una fidelidad a los conceptos de la doctrina tradicional que ellos no merecen, ni por su oscuridad ni por sus frutos prácticos, que han debilitado la perspectiva constitucional del proceso. Ojalá este ensayo lo entusiasme para llevar más adelante todavía la renovación que él propone.

También, Julio B. J. Maier, con su “Función normativa de la nulidad” que no aparece en este texto de un modo central no por descuido, por supuesto, sino porque ese trabajo, en realidad, es un ensayo de teoría general del derecho. Creo que su propuesta no es suficiente para explicar el funcionamiento de los distintos sistemas de nulidad —en especial el más importante que es el sistema de garantías—, porque en lo que acepta y en lo que critica siempre está en la “frecuencia” de una teoría de los imperativos, inadecuada en mi opinión para describir ésta y otras áreas del derecho y porque estimo que el problema no radica en la estructura de la norma. Pero ésa es otra discusión y me hubiera obligado a ingresar a un debate para lo cual todavía no estoy capacitado y me habrían alejado del objeto principal de este ensayo. Finalmente, el lector rápidamente notará que todo el ensayo se nutre de un modo directo de la obra de Luigi Ferrajoli.

Analizar la jurisprudencia sobre nulidades, por su cantidad y diversidad, es una tarea ingrata. Debemos agradecer a quienes la ordenaron y recopilaron. Los libros de Torres y Desimoni-Tarantino me han sido de gran utilidad. Como señala Creus, es necesario realizar una “parte especial” de las nulidades, pero por ahora eso excede mis fuerzas. Queda pendiente.

Cada libro busca a un lector. Éste busca a los jueces, a quienes también a veces les dedica palabras recias. Pero éstos son tiempos en los que debe-



mos fortalecer a los jueces y a la judicatura. Y eso no se logra con lisonjas fáciles, mientras se mantienen intactas las estructuras judiciales que los debilitan y someten. Sin una crítica radical al sistema inquisitivo no es posible construir un Poder Judicial fuerte, republicano y democrático. Ojalá este breve ensayo pueda fortalecer la lucha por la legalidad que deben asumir nuestras democracias pobres y para la que deben estar preparados los jueces.

Por lo demás, los lectores tienen la palabra. Los límites están a la vista y los propósitos ya expuestos. En lo que resta, todo libro también necesita un poco de suerte. La espero.

ALBERTO M. BINDER

I. FUNCIÓN DE LAS FORMAS PROCESALES

A. DUDAS, TRANSPOLACIONES Y CONFUSIONES EN LA TEORÍA UNITARIA

1. *Un endeble punto de partida: de la forma jurídica a la forma procesal*

§ 1. La doctrina sobre las nulidades procesales suelen desorientar a quien debe aplicar las normas e incluso al estudioso del derecho. Ella aparece, o como un intento de poner orden a una jurisprudencia caótica y orientada por la sensibilidad valorativa, o como un intento de conceptualizar sólo sobre la base de analogías formales o similitudes semánticas. Esa tarea no sería en sí misma reprochable, si no fuera porque suele ocultar problemas centrales para el tratamiento de la actividad procesal defectuosa o produce transpolaciones de principios que distorsionan las soluciones pensadas por el sistema normativo. Esa "falsa armonía" tiene raíces históricas y doctrinarias, producto, por una parte, del desarrollo del sistema inquisitivo¹ y, por la otra, de al-

¹ Cuando nos referimos al sistema inquisitivo no pensamos en una forma del proceso penal, sino en un modelo amplio de administración de justicia, vinculado al nacimiento y desarrollo del Estado moderno y con una enorme capacidad de moldear la cultura moderna de la legalidad. Ver al respecto Berman, Harold J.: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, FCE, 1996. Ahora bien, en ningún caso se debe identificar a toda la tradición jurídica de Occidente con el sistema inquisitivo, tal como se suele simplificar en la contraposición *civil law*, *common law*. Esa visión



gunas clasificaciones deficientes, provenientes de una superficialización de la teoría general del proceso, que suele construir categorías comunes por fuera de las razones de política procesal.² Si a ello le agregamos que la práctica de la abogacía ha aprovechado este desorden para hacer del uso de las nulidades una de las principales herramientas de la demora, el litigio indirecto y la defensa del ritualismo, se justifica la preocupación por desarrollar una explicación que simplifique, pero a la vez vuelva más eficiente, el modo como el sistema procesal penal reacciona ante la invalidez de los actos procesales.³

§ 2. La finalidad principal de esta monografía consiste en iniciar un camino de depuración de la explicación del sistema de nulidades, buscando hacer más transparentes las distintas funciones que cumple ese sistema y las razones políticas que están detrás del estatuto normativo relacionado con la invalidez procesal. Este camino es un ensayo, que sólo

reduccionista deja por afuera toda tradición jurídica romano-germánica y sobre todo desconoce las bases del derecho romano clásico. Ver asimismo D'Ors, Álvaro: *Introducción al Estudio del Derecho*, Rialp, 1963, y *Derecho privado romano*, 7ª ed., Eunsa, 1989, pp. 27 y ss.

² Para una ampliación ver, Binder, Alberto M.: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., pp. 41 y ss. y nota 2. Algo similar señala López Mesa, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 340, refiriéndose al derecho privado: "Las teorías de las nulidades durante muchos años estuvieron rodeadas de un halo de sacralidad de misterio, de magia. Ese aura hacía que se considerase casi sacrilego introducir modificaciones a un tema edificado a lo largo de dos mil años. El surgimiento de verdaderos mitos en derredor de las tradicionales ideas de nulidad, anulabilidad, etc., tornaba sumamente dificultoso instalar en el mundo doctrinal, ni qué decir en el ámbito judicial, ideas o instituciones nuevas. (...) El sistema conceptual, las 'verdades de la ciencia', sirven en la medida que permitan solucionar problemas patentes; no debe preocupar tanto la nulidad como las nulidades; deben anteponerse los actos ineficaces a la ineficacia".

³ López Mesa, Marcelo J., realiza un planteo similar respecto de un tema más arduo aún (el de las nulidades de los actos jurídicos en general), señalando cómo buena parte de las doctrinas se construyeron sobre aforismos, adagios o tradiciones aceptadas sin mayor crítica. Ello permitió construir fórmulas apodícticas que, en realidad, sólo son verdad en parte "cuando no completas falacias" (op. cit., pp. 11 y 12).

pretende descubrir problemas y plantear dudas que estimulen otras investigaciones, así como críticas hacia la posición sustentada en esta pequeña monografía. Tiene sólo ese propósito, en particular, porque las dificultades provenientes del modo de análisis de la actividad procesal defectuosa ya fueron reconocidas por la doctrina y, hasta cierto punto, suele considerarse a la teoría de las nulidades como uno de los temas más complejos dentro del derecho procesal. Buena parte de esas dificultades provienen de los intentos de racionalizar fallos de los tribunales que responden, antes que nada, a consideraciones valorativas del momento, por fuera de todo marco de referencia teórico. El "humor" de los sistemas judiciales frente a los defectos formales es tan variado que la tarea de poner orden en esas elucubraciones puede ser ingrata. Sin embargo, la importancia política del modo como se corrigen o invalidan los actos procesales defectuosos es tan grande que vale la pena llamar la atención sobre la necesidad de profundizar los estudios y nos permite correr el riesgo de presentar una propuesta que necesitaría mucho más tiempo de maduración. No obstante, prefiero que esa maduración se realice sobre la marcha de algún tipo de debate antes que en la soledad de un cuarto de trabajo.

§ 3. Cuanto más prolifera la jurisprudencia caótica sobre la nulidad en el proceso penal más se pierde de vista sus principios fundamentales. Tras la aparente fertilidad crece la indiferencia y la sensibilidad, en especial hacia los principios fundamentales. Hace casi doscientos años señalaba con fuerza Mario Pagano: "El espíritu forense, espíritu de litigio, embrollo e intriga vino a ser el espíritu nacional del Reino de Nápoles y de Roma. Los que fueron los conquistadores del mundo o los tranquilos cultiva-

dores de las bellas artes y de las ciencias se convirtieron en capciosos curialistas y célebres intrigantes. Además de la apelación, todos los posibles gravámenes fueron imaginados y entre ellos tuvieron su puesto las nulidades".⁴ O como señala Ihering: "En una legislación formalista, el ignorante, el imprudente, el hombre honrado desconocedor de los negocios, se encuentran a merced del adversario astuto que se sirve de la forma para estrangular al inexperto".⁵

§ 4. Por tal razón es indispensable volver a reflexionar sobre la función de las formas procesales y a partir de esa reflexión proponer una crítica a la teoría unitaria de la nulidad. Entiendo por "teoría unitaria" al intento que se ha hecho de construir un cuerpo doctrinal uniforme para tratar los distintos casos de invalidez de los actos procesales, sin importar los intereses en juego o los principios que se quiere proteger. Esta "teoría unitaria" ha debido fundarse en las analogías formales y ello ha llevado inexorablemente —aunque por distintas vías— al ritualismo procesal, alejando el régimen de los actos procesales defectuosos de los intereses sustantivos en juego.⁶ La pretensión uniformadora, precede a la

⁴ Pagano, Mario: *Considerazioni sul processo criminale*, Milán, 1802, p. 211 (cit. por Manzini, Vincenzo: *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, EJEA, Buenos Aires, 1952, p. 101).

⁵ von Ihering, Rudolf: "El espíritu del derecho romano", edición resumida a cargo de F. Vela: *Revista de Occidente*, Madrid, 1956, pp. 284 y ss.

⁶ Obsérvese qué diferente es la perspectiva y la prosa de Carrara: "...el conjunto de modalidades y formalidades que conforman el rito (procedimiento) fue instituido para frenar al juez. La sanción natural de todos los preceptos que constituye el procedimiento es la nulidad de cualquier acto que la viole. Un código de procedimiento que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos con que a ella se contraviniera, sería una mistificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege". Por ello la observancia del rito (formas) no es sólo una garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la *confianza de los ciudadanos en la justicia*. Pro-

explicación y por ello hace centro en el concepto de forma y su quiebre. Desde allí construye conceptos que se aplican de un modo unitario. Además esta "teoría unitaria" ha terminado por ser confusa, carente de un verdadero método de análisis que sirva de guía al intérprete. También ha influido en la debilidad teórica de esta visión unitaria una asimilación demasiado rápida de los problemas generales de las formas jurídicas a las formas procesales.⁷ Así se construye un concepto de invalidez formal aplicable a todo acto jurídico y muchas veces sin deliberada intención se pone el centro del problema en el quiebre formal. Esto es más grave aun cuando el análisis de la función "general" de la forma jurídica se realiza sin perspectiva histórica.⁸ En esta visión teórica re-

sigue expresando Carrara: "No basta que el juicio haya alcanzado efectivamente su fin jurídico, o sea, el de conducir el exacto conocimiento de la verdad, en cuanto se haya condenado al verdadero culpable, y se le haya condenado tan sólo en la medida que merecía, sino que es preciso que esto sea creído por el pueblo. Tal es el *fin político de las formas procesales*, y cuando estas formas no se observan, entonces la confianza pública en la justicia del fallo no sería ya sino confianza en la sabiduría y la integridad del hombre que juzga y que no todos pueden tenerla; pero cuando esas formas se observan la *confianza pública* se apoya racionalmente en esa observancia". No obstante, Carrara piensa en las formas como "condiciones de legitimidad", es clara la perspectiva política, alejada del ritualismo y las formas huecas (Programa, t. II.).

⁷ En el sentido indicado en el texto: "Si bien los actos procesales son actos jurídicos como los que regulan el derecho civil, su contenido es autónomo, de ahí que las disposiciones del Código Civil sean inaplicables a las nulidades del procedimiento (CCC2ª La Plata, "Mayor s/sucesión", Juba 7 B352067). Es evidente que la jurisprudencia en general no usa al Código Civil para fundar las nulidades procesales.

⁸ Borrego, Carmelo: *Nuevo Proceso Penal - Actos y nulidades procesales*, Livrosca, Caracas, 1999: "La nulidad no es una cuestión exclusiva del derecho procesal, sino que tiene que ver en todo el derecho". Borrego cita en apoyo suyo a Berizonce y otros autores. Es claro que el concepto de nulidad es utilizado en otros campos de la actividad jurídica, pero lo que criticamos es el rápido recurso analógico cuando las distintas formas de invalidez que ocurren en todo el orden jurídico tienen significados y funciones muy diferentes. Insisto, esta visión ha fortalecido la visión ritualista. Por eso, Borrego puede decir, "la palabra que más trascendencia tiene en el campo procesal para el análisis de la nulidad es la relativa a la *forma*, pues a través de ella puede garantizarse la *efectividad del acto*. Esto no toma en cuenta la función de garantía de las formas procesales.

duccionista radica una de las principales debilidades de una teoría unitaria de las nulidades.

§ 5. Por ejemplo, el uso corriente de la relación entre forma del acto jurídico y formas procesales la podemos observar en la obra de Carlos Creus, quien nos señala: *Un acto es jurídico porque sus efectos están descritos por el derecho, el que, a la vez, comúnmente los define —expresa o implícitamente— requiriendo, para que aquéllos se produzcan, determinados elementos (requisitos) que atañen a los sujetos que lo realizan, al modo en que lo llevan a cabo, a las circunstancias de tiempo y lugar de ejecución. Esta noción que distingue el acto jurídico del puro hecho con trascendencia jurídica, común a todo el derecho, se ajusta en singular precisión al derecho procesal. Acto válido es el que reuniendo todos los elementos o requisitos nominados por la ley, encuéntrase jurídicamente habilitado para producir los efectos que ellas abstractamente le asigne a su especie; inválido es que por un defecto de tales elementos o requisitos están inhabilitados para lograrlo.*⁹ Queda claro allí que las formas de los actos procesales son sólo una manifestación más de las formas de los actos jurídicos y la invalidez una directa referencia a ellas, también de carácter general, suficiente para explicar cualquier sector del orden jurídico.

La idea de "efectividad del acto ligada al cumplimiento de la forma en un negocio jurídico no es transpasable fácilmente al proceso penal. El análisis de las formas procesales reclaman una reflexión propia, entre otras causas por la configuración histórica del proceso. La mayoría de los autores admiten esta visión unitaria de las formas o soslayan el tratamiento por considerarlo no problemático. Ver la reseña de varios autores en Torres, Sergio Gabriel: *Nulidades en el proceso penal*, cap. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

⁹ Creus, Carlos: *Invalidez de los actos procesales penales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, p. 2.

§ 6. El concepto central que le sirve a esta forma de análisis es el de "tipo procesal", es decir aquel modelo de acto que reúne requisitos subjetivos (sujetos), instrumentales (medios) y modales (circunstancias) definidos en la ley procesal. La búsqueda de una similitud con la teoría del tipo penal (o del uso de "supuestos de hecho" en otras áreas del derecho) queda limitada a la similitud formal, descuidando que la teoría del tipo en el ámbito penal, por ejemplo, tiene una base funcional y política muy grande (principio de legalidad) sin la cual la teoría del tipo carecería de sentido.¹⁰ Usar el sentido de "tipo" como exclusiva referencia al conjunto de requisitos legales cuyo incumplimiento genera invalidez, es decir, como el antecedente de las consecuencias previstas en el orden jurídico (sanción) sin una referencia externa a la funcionalidad, vuelve superfluo el concepto o lo convierte sólo en una herramienta pedagógica.¹¹ En realidad, una visión formal de esta naturaleza termina sirviendo, con intención o sin ella, a una aplicación formal de las nulidades. Si la invalidez surge por la afectación a una característica for-

¹⁰ También hacen uso de la idea de tipicidad procesal otros autores: "La tarea de aplicar el derecho a situaciones concretas no es realizada aleatoriamente por los órganos estatales; al contrario, la actividad procesal también es regulada por el ordenamiento jurídico, a través de formas que deben ser obedecidas por los que intervienen en ella. En ese sentido, se afirma que el proceso exige una actividad *típica*". Esta idea de tipicidad procesal está equiparada al "modelo legal" y como tal es aplicable a todos los actos y válida para todas las partes en el proceso. Las "formas procesales" sirven a todos por igual (ver, Pellegrini Grinover, Ada, Scarrance Fernández, Antonio, y Magalhães Gómez Filho, Antonio: *As nulidades no proceso penal*, 4ª ed., Malheiros, San Pablo, p. 15.

¹¹ Tampoco es acertada, recuerda López Mesa citando a Fedele, la teoría lógico-racional del negocio, basada en la idea de tipicidad (*fattispecie*) por la imposibilidad de poner límites tan rígidos a la rentable y dinámica de los negocios (op. cit., p. 26). La teoría del tipo penal elaborada por Beling, es mucho más que el uso de la idea de "figura legal" —como enseñaba Soler—; era el intento de fortalecer aún más el principio de legalidad y su interpretación restrictiva, lo que parece no asumen quienes utilizan ese concepto para las nulidades.



mal del tipo de acto, sin una referencia imprescindible a normas constitucionales, entonces ese concepto formal podría tener algún sentido funcional ya que sería manifestación de un sistema restrictivo de nulidades (*idea que no es sustentada en este trabajo*). O si se pretende claramente una aplicación restrictiva de la invalidez, de modo que además de la violación de normas constitucionales siempre deba existir una violación formal de segundo nivel. Pero no sólo esta interpretación no sería sostenible en nuestro orden constitucional, sino que tampoco es usualmente sostenida de ese modo. Más bien no se toma conciencia de la función que pueden desempeñar ciertos conceptos o como ellos pueden acompañar o están pensados desde una práctica que no debe ser aprobada. Se busca superar este problema integrando las normas constitucionales al "tipo procesal", pero en ese caso se construye un concepto tan abierto que deja de cumplir la función asignada.¹²

§ 7. Creus señala que la noción de "tipo procesal (abarcando los sujetos y los modos del acto) es el fundamento dogmático para delimitar la (noción) de invalidez procesal, ya que ella sólo puede originarse en un defecto *interno* del acto".¹³ Sin embargo según su propia opinión ello queda modificado por la afectación del "tipo político" (constitucional). Si ello ge-

¹² También utilizan el concepto de "tipicidad constitucional" Pellegrini Grinover *et al.*, op. cit., p. 19 y es pasible de la misma crítica. Allí sostiene que "los preceptos constitucionales con relevancia procesal tienen la naturaleza de normas de garantía, es decir, normas previstas en la Constitución como garantía de las partes (...)". En esa dimensión garantizadora de las normas constitucionales-procesales, no hay lugar para las simples irregularidades sin sanción, o nulidades relativas. La "atipicidad constitucional, en el marco de las garantías, importa siempre una violación a preceptos mayores relativos a la observancia de los derechos fundamentales y normas de orden público" (op. cit., p. 20). El razonamiento es claro e inobjetable. Lo que carece de sentido es el uso del concepto de tipo y tipicidad, cuando se reclama una interpretación amplia.

¹³ Creus: op. cit., p. 3.

nera invalidez o "inexistencia" es una complicación adicional. El uso de estas categorías creo que oscurecen la explicación de un sector del orden jurídico que por su importancia funcional y política reclama una explicación sencilla y útil. Muchas veces la construcción de estas categorías surge más de una necesidad de utilizar categorías generales o salvar cierta terminología legal.¹⁴

§ 8. Es posible construir una explicación más sencilla y hasta obvia si sostenemos que el acto procesal es inválido cuando no cumple con los requisitos que la ley procesal, los tratados internacionales y la Constitución Nacional prevén para ellos. Así se dice lo mismo que con el concepto de "tipo procesal" sin interponer un concepto de poca utilidad. Pero tampoco el concepto anterior sirve de mucho porque nos dice algo elemental y no hace referencia a las finalidades. Siempre la invalidez requerirá la referencia a un "patrón legal"¹⁵ pero de ello no se deriva necesariamente la construcción de una teoría del tipo procesal que sólo tiene sentido si está vinculado a alguna forma de interpretación restrictiva, lo que de ningún modo es aceptable como criterio general en este campo, en especial cuando se protege el sistema de garantías ya que allí se requiere precisamente lo contrario, es decir, una interpretación extensiva y progresiva.

§ 9. En definitiva, el juego de "validez-invalidez formal" y las características de éstas no es el problema principal de una o varias teorías de las nulidades. La construcción de una teoría unitaria ha debido destacar ese punto porque ésa es precisamente la

¹⁴ *Ídem*, op. cit., nota p. 7. O salvar la "armonía de los conceptos".

¹⁵ *Ídem*, op. cit., nota p. 3.

conexión que permite tratar casos muy diferentes y al servicio de principios diferentes, como algo unitario. En todos existirá un incumplimiento de formas procesales y alguna respuesta del sistema procesal ante esa invalidez. Pero ello no es lo importante ni es el camino para clarificar el problema doctrinal de la actividad procesal defectuosa. Al contrario, su aparente simplicidad y coherencia es la que ha generado confusiones, transpolaciones impropias de principios y una jurisprudencia caótica. El eje de la teorización en el campo del incumplimiento de las formas procesales, no es el binomio "validez-invalidez", mucho menos si se lo convierte en un concepto genérico, apto para todo el sistema jurídico, ya que la amplitud de su objeto se logra, como ya hemos señalado, mediante analogías formales que finalmente le hace perder profundidad a la teoría y le prestan servicios al ritualismo. El eje de una teorización debe girar alrededor de la función o finalidad de las formas específicamente procesales, como prácticas institucionales, sin perjuicio del "telón de fondo" histórico que constituye el problema de las "formas" en la evolución jurídica.

2. Una confusión política: de la presunción de validez a la constitucionalización del proceso (las normas procesales bajo sospecha)

§ 10. Pero también ha influido en esta confusión la pervivencia de sistemas normativos con finalidades distintas y a veces adversas, provenientes de concepciones de política procesal muy alejadas entre sí. Esto ya lo reconocía, en 1915, Calamandrei al referirse a la casación (que es un subtema dentro del régimen de las nulidades): "El criterio del derecho romano en esta materia era muy simple y muy aleja-

do de las complicaciones de conceptos a los que la ciencia moderna ha debido descender por la necesidad de aportar un poco de luz a esta materia, envuelta hoy en la oscuridad a causa de la superposición histórica de concepciones jurídicas heterogéneas".¹⁶ Por ejemplo, muchas legislaciones procesales de nuestro país conservan todavía como "norma general" del estatuto de las nulidades, aquella que prohíbe toda otra nulidad que la expresamente prevista en la ley (sistema restrictivo de *numerus clausus pas de nullité sans texte*).¹⁷ Esta norma proviene de una concepción según la cual existe una presunción fuerte a favor de la validez de la ley y de las formas institucionales, propia de la cultura de la legalidad decimonónica. Pero esas mismas legislaciones suelen establecer, sólo con unos artículos de diferencia, que los jueces están obligados a declarar de oficio la invalidez de todos los actos que afecten garantías constitucionales (lo que incluye todas las normas provenientes de los pactos internacionales de derechos humanos). Por el contrario, esta norma proviene de una concepción asentada en una fuerte presunción de invalidez de la legislación secundaria y las formas institucionales, propia del proceso de constitucionalización que adquiere fuerza a partir de la segunda mitad de este siglo, acentuado por el mayor activismo de los sistemas internacionales de protección de los derechos fundamentales. ¿Cuál es, entonces, la norma general? ¿La primera o la segunda?¹⁸ Creo que una discordancia instalada en un

¹⁶ Calamandrei, Piero: *La casación civil*, Ejea, Buenos Aires, t. I, p. 42.

¹⁷ Ver, por ejemplo, el Código Procesal Penal federal, art. 166: "Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad". En realidad el verdadero principio general está en el art. 168, segundo párrafo.

¹⁸ Una argumentación confusa sostiene el siguiente fallo donde se mezclan conceptos y finalmente no se sabe cuál es la regla o la excepción: "En el

plano tan básico y esencial, es una clara demostración de todas las confusiones, transpolaciones históricas, diferencias de principios, que luego producen una jurisprudencia tan nutrida como *caótica* y que es necesario superar para reconstruir el sistema y las ideas sobre las nulidades.¹⁹

§ 11. Ha sido recientemente Nelson Pessoa quien ha llamado la atención sobre esta contradicción: *Es un axioma prácticamente indiscutible el principio que dice "no hay más nulidades que las consagradas en forma expresa por la ley". Desde nuestro punto de vista se ha hecho y se hace, tanto en la doctrina como en jurisprudencia, una interpretación incorrecta de tal axioma.* Sin embargo, el mismo Pessoa trata de salvar el principio de "legalidad" de las nulidades dándole una base constitucional que, en realidad, le

proceso penal la regla es la de la nulidad relativa, y sólo ha de considerarse absoluta —como excepción, como consecuencia de su mayor rigor— en aquellos casos en que los caracteres correspondientes a este tipo aparezcan claramente indicados en la ley, sea que se los establezca expresamente o porque aparezcan sin duda alguna del contexto general de las normas" (SCJust. Mendoza, Sala 2ª, 31/10/1989, "P. D. E.", JA, 1991-I-743). ¿Cuál es la norma general, entonces?

¹⁹ Sin embargo, todavía la jurisprudencia resuelve muchos casos —no todos— fundándose en el principio de la taxatividad. Ver: "El sistema procesal moderno asienta el régimen de nulidad de actos procesales en el principio de la taxatividad" (Cám. 2ª Apel. Salta, 16/6/1983, *Selección de Jurisprudencia Penal*, TR 6-10, Lerner, Buenos Aires, 1986, p. 179). "La razón invalidante del acta de fs. 3/4 —en tanto instrumento de requisita personal— aducida por el fallo recurrido es la falta de invitación al imputado a suscribirla, o de la constancia de que se negó a hacerlo. Sobre el particular esta sala tiene dicho que el art. 166, define un sistema de nulidades taxativo que impide declarar inválidos los actos procesales que exhiben defectos formales —excepción hecha de violaciones a garantías constitucionales— si su descalificación no ha sido expresamente prevista, o si no media incumplimiento de las disposiciones relativas a la capacidad del tribunal, a la participación del Ministerio Público o a la intervención, asistencia y representación del imputado —art. 167, ídem— (causa n.º 27, reg. n.º 27, "Freire, Roberto A., s/ley 23.737", rta. 11/9/1993). Con sujeción a dicho criterio, pues, la falta de firma del requisado, o de la indicación de la causa de esa falta, no provoca la nulidad de la diligencia por no estar amenazada esa sanción por el art. 230, C.P.P.N." (cfr. esta sala *in re* "Aguilera, Oscar S. s/rec. de casación", causa n.º 103, reg. n.º 148, rta. el 23/3/1994).

es ajena por la tradición de la cual proviene, limitativa de las nulidades. La crítica es certera pero al pretender utilizar el mismo concepto de legalidad por fuera de su función esencial, limitativa y al servicio de una interpretación restrictiva de la invalidez procesal él mismo la invalida. De este modo la construcción teórica, que busca ampliar el ámbito de la invalidez, queda atrapada por conceptos que no le son útiles y le hacen perder claridad porque proviene de una tradición distinta y no compatible. Algo similar le ocurre a Creus cuando pretende extender el concepto de "tipo procesal" (limitativo, como el concepto de legalidad) al "tipo constitucional" como ya hemos visto. Lo que impide esta transpolación de conceptos es un principio fundamental: las normas constitucionales de protección a las personas no admiten una interpretación restrictiva. La crítica de Pessoa es válida y el intento de Creus loable, pero no lo es la utilización del concepto de legalidad de las nulidades referido al plano constitucional. No se puede poner vino nuevo en odres viejos, ni es fácil armonizar ideas que expresan principios contrarios. *Es preferible asumir que el concepto de legalidad (y su correlato de tipicidad) no cumple "ninguna función específica" en una (o varias) teorías de las nulidades.*²⁰ Tampoco necesita de estos conceptos el amplio reco-

²⁰ Creo que es infructuoso el esfuerzo de Pessoa por salvar la idea de legalidad (y un argumento de derecho positivo no es admisible porque la contradicción está sustentada en el mismo derecho positivo, como ya hemos visto). Es correcto su planteo de poner las bases del régimen de nulidad en la Constitución, pero hecho esto, los conceptos de nulidades genuinas y específicas virtuales o implícitas, absolutas o relativas, etc., y *todo el aparato conceptual* elaborado por la visión contraria (*pas de nullité sans texte*) se vuelve inservible. Mantenerlo sirve, finalmente, para que la ideología del ritualismo logre lo que busca —y que el mismo Pessoa denuncia claramente— "la estabilidad de los actos jurisdiccionales" que más allá de las intenciones terminan siendo "la estabilidad del trámite". Hay que dar un paso más y tratar de renovar el aparato conceptual mismo sobre la base constitucional. El intento de Pessoa debe ser profundizado.

ruido de la jurisprudencia de base constitucional que hace Pellegrini Grinover.

§ 12. La idea general de que no se podía pronunciar otras nulidades que aquéllas expresamente previstas en la ley, proveniente del esfuerzo de racionalización de las prácticas judiciales, que culmina en los Códigos de Napoleón y su acentuado centralismo del Estado, pronto demostró ser un proyecto político difícil de sostener. La misma práctica judicial se encargó de demostrar esa dificultad, exigida por la solución del caso concreto y la aceleración de los procesos sociales de cambio, que producía la misma civilización industrial que gestó la cultura de la legalidad.²¹ También la doctrina ayudó a desbaratar el intento de fortalecer la ley a través de su poca flexibilidad y contribuyó con el desarrollo de categorías tales como la "inexistencia" o las "nulidades virtuales" que abrieron paso a una actividad judicial ilimitada.²² *El proyecto de economizar el desgaste jurisdiccional por medio de un sistema cerrado de nulidades ha fracasado como tal y ya no se lo puede tomar como un criterio general.*²³ Sin embargo, como ya hemos se-

²¹ López Mesa recuerda la pregunta de Philippe Le Tourneau: "¿Quién puede creer que en un mundo donde todo evoluciona a gran velocidad, sólo la teoría general de las obligaciones podría permanecer inmutable?". Lo obvio de la respuesta la hace aplicable al problema de las formas, la invalidez y todo problema jurídico (op. cit., p. 21, nota 40).

²² Sin entrar en el debate sobre la utilidad del concepto de "inexistencia" o si esa categoría es parte de la doctrina de las nulidades, su desarrollo, al menos inicial, tuvo relación con esa intención. Lo reconoce López Mesa: "Originalmente la teoría de la inexistencia fue concebida como una llave maestra para escapar de la asfixia que provocaba la rigidez del sistema de nulidades explícitas, sin embargo, a poco de andar, tanto en Francia como aquí se admitió que la nulidad no necesariamente debía ser expresa" (López Mesa: op. cit., p. 18).

²³ El siguiente es un fallo que utiliza el aparato conceptual clásico y muestra cómo la jurisprudencia, finalmente, no acepta, la política estrecha del principio de taxatividad y ha elaborado conceptos que le permiten rendirle culto pero serle infiel: "I. La nulidad procesal es la más importante sanción de los actos del proceso y adquiere trascendental jerarquía en los procedimientos penales como consecuencia del interés público

ñalado, en los códigos procesales se repiten normas provenientes de ese intento, sin el mayor análisis o revisión. Normas y principios que luego son dejados de lado por la jurisprudencia y la doctrina sin mayor explicación y producen confusión.

§ 13. Es común que en los códigos procesales penales ligados al modelo italiano de 1930 y vinculados al "ciclo cordobés de reformas procesales" se considere que la "inobservancia de las formas prescriptas para los actos procesales es causa de nulidad solamente en los casos en los que ésta es conminada expresamente por la ley". Esta fórmula, que consagra el sistema limitado y taxativo²⁴ de nulidades se la ha puesto a convivir con otras formulaciones genéricas, según la cual se debe declarar de oficio a toda violación a las formas que afectan garantías constitucionales. De este modo la disciplina tradicional de la actividad procesal defectuosa quedó afectada en toda su estructura ya que se creyó que no generaría mayores problemas la yuxtaposición de estos dos sistemas. Sin embargo, si los ha creado y la pregunta esencial que debemos respon-

que sus normas tutelan. II. La existencia de la instancia torna ilegales todos los actos procesales cumplidos por omisión de una forma sustancial del procedimiento y, por consiguiente, acarrea su nulidad, a pesar de que esta sanción no esté expresamente dispuesta por la ley procesal, ya que la nulidad deriva de una ley jerárquicamente superior (arts. 67, inc. 11, Cód. Penal y 31, Const. Nac.) cuyos efectos no pueden ser desvirtuados por el legislador provincial. III. Si la constitución en actor civil por parte de la titular de la instancia, fue formulada en un procedimiento abierto y proseguido sin que se hubiese salvado el obstáculo condicionante de procedibilidad (la acción se promovió a pesar de la inexistencia del acto que constituye esa condición), se está en presencia de una nulidad virtual o implícita que implica la improcedencia del trámite (no obstante la ausencia de conminación de nulidad expresa y en la ley procesal) desde que se prohíbe iniciar el ejercicio de la acción penal cuando, dependiendo de la instancia privada no media denuncia de quien tiene derecho a formularla (art. 72, Cód. Penal). (TSCórdoba, Sala Penal, 3/3/1989, "M., J. A. y otro", LLC, 1990 128. Una vez más ¿cuál es, entonces, el principio general?

²⁴ Manzini, Vicenzo: *Tratado de derecho procesal penal*, Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 106.



der ahora es: ¿cuál es el significado normativo de la señalización expresa de la penalización de nulidad? Se entendía, en el sistema original, que tal señalización cumplía la función de seleccionar aquellos supuestos importantes, que necesariamente afectaban garantías fundamentales. Pero hoy ella ha quedado como una mera redundancia, producto de la deficiente técnica legislativa. Reconstruirle un significado para volver a dotar de armonía al sistema resulta artificioso y abre la puerta a arbitrariedades. Por ello debemos asumir que se debe tratar de corregir el sistema en la primera oportunidad asumiendo claramente que la norma general es otra, por más que ella está redactada bajo la fórmula de aquello que el juez debe hacer de oficio. Así la fórmula un poco más estrecha del Código Procesal Penal federal (art. 168, segundo párrafo) contiene esa norma general. Allí dice que "deberán ser declaradas de oficio las nulidades previstas en el artículo anterior (genéricas) que impliquen violación de las normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente". La fórmula es imperfecta ya que el principio general (afectación de normas constitucionales y pactos de derechos humanos) queda escondido. Las limitaciones surgirán de otros principios (v.gr., la falta de agravio) o de otros mecanismos (saneamiento automático en algunos casos, convalidación en otros).²⁵ La norma general no puede ser otra que una cláusula abierta de base constitucional sin vínculo

²⁵ La jurisprudencia que recoge Francisco D'Albora en su *Código Procesal Penal de la Nación. Comentado*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 270 y ss.) demuestra claramente cómo se usa ese párrafo como norma general. También es llamativa la opinión de Palacio allí citada: "No son sólo las nulidades de orden general enumeradas en el art. 167 aquellas que mediando quebranto constitucional cabe declarar de oficio y en cualquier estado del proceso, si se tiene presente que toda nulidad entraña la inobservancia de algunos de los requisitos exigibles a los actos procesales en orden a la obtención de su finalidad y que ésta consiste, genéricamente, en la preservación de alguna garantía constitucional".

alguno con una interpretación restrictiva,²⁶ idea de legalidad o tipicidad de las nulidades. Todos esos conceptos son inaplicables a una interpretación y amplia y progresiva de los derechos fundamentales.

§ 14. Asimismo, al sistema de conminación taxativa se le suele agregar un conjunto de indicaciones genéricas que la doctrina suele explicar en términos de supuestos procesales esenciales, es decir, aquellos determinantes para la constitución de la relación procesal.²⁷ Debe quedar claro que la nulidad nunca se declara a favor de la ley, sino siempre para proteger un interés concreto, que ha sido dañado. Este principio no tiene relación, con el carácter absoluto o relativo de las nulidades sino con el sentido de las formas, que siempre protegen algún interés particular.²⁸ Distinto es también el problema de la presunción del daño o la prueba que es necesario

²⁶ No se puede inferir un criterio restrictivo del principio de taxatividad (infelizmente reconocido en la legislación), tal como lo reconoce Creus, pero tampoco (y con menos argumentos) se puede sostener que la interpretación restrictiva surja de la norma que obliga a esta interpretación en los casos de *sanciones procesales* (Creus: op. cit., p. 77). Allí se observan las confusiones que genera la idea de sanción, ya que la norma en cuestión se refiere a las sanciones a las partes por el litigio de mala fe, lo que sin duda es otro tema. Cuando se trata del sistema de garantías no puede existir interpretación restrictiva, al contrario se debe ampliar permanentemente el ámbito de los principios y garantías, incluso más allá de los límites de la analogía (ver también, D'Albora: op. cit., p. 31).

²⁷ Manzini: op. cit., III, p. 106; Creus: op. cit., p. 29; Pessoa: op. cit., p. 47.

²⁸ En contra: "El régimen de nulidades, si bien tutela al imputado, no se legisla en su único beneficio, sino en el interés de toda la sociedad para garantizar el debido respeto a derechos fundamentales" (CS, LL, del 29/5/1998, t. 97.211). Citado por D'Albora, quien sostiene que esa "afirmación constituye un impecable corolario, de la incidencia del interés en el régimen de nulidades" (op. cit., p. 274). Más adelante se explicará la posición que asumo en este ensayo en relación a ese problema. También tiene una perspectiva diferente Ada Pellegrini: "de la idea individualista de las garantías constitucionales-procesales, bajo la óptica exclusiva de derechos subjetivos de las partes, se ha pasado, en épocas recientes, al enfoque de las garantías del 'debido proceso', objetivamente considerado, y factor legitimante del ejercicio de la función jurisdiccional" (op. cit., p. 20). Si bien la diferencia es de perspectiva, la jurisprudencia suele utilizar estos conceptos para validar defectos en contra del imputado y a favor de un hipotético interés general, nunca demostrado.

realizar. En todos aquellos casos de violación directa a normas constitucionales el daño al interés protegido se presume y deberá probarse que no ha causado ningún tipo de perjuicio. Pero, salvo que le demos esa interpretación, es decir, presunciones de agravio —lo que es de relativa utilidad—, las indicaciones genéricas quedan atrapadas en las mismas críticas al sistema taxativo y hoy ya no cumplen ninguna función y también deben ser abandonadas en una reconstrucción del sistema conceptual. Una vez más, Pessoa intenta salvar esta categoría (y su subespecie de “genéricas concentradas”) adecuándola a su correcta interpretación de base constitucional, de modo tal que ella, más las nulidades implícitas o virtuales, le da una amplia base al régimen de nulidad y permite superar la interpretación restrictiva. Lo que no es coherente es sostener que de este modo se “salve” el principio de legalidad de las nulidades ya que se le ha dado una interpretación que lo vuelve inocuo. Repito, “legalidad de las nulidades” no significa “previsto en la ley”, sino el sistema cerrado y restrictivo de interpretación.²⁹

§ 15. Es evidente, como sostiene López Mesa, que el sistema cerrado de nulidades “revela solapadamente cierto temor o resistencia hacia la magistratura”.³⁰ Ello es cierto y es producto de muchas de las ideas de los juristas de la Ilustración, para quienes los jueces debían tener muy limitada su capacidad de interpretación de la ley, facultad propia de los parlamentos y manifestación de la desconfianza que en general se ha tenido ante los jueces profesionales, una de cuyas manifestaciones ha sido el sistema de pruebas tasadas. El programa de la Ilustra-

²⁹ Ver Pessoa: op. cit., pp. 48 y ss.

³⁰ López Mesa: *Ineficacia y nulidad...*, Depalma, Buenos Aires, p. 17.

ción tampoco crea en los jueces, que sabía provenientes del antiguo régimen y los consideraba más bien enemigos de la nueva y esperanzada función que le asignan a la “ley” y al “Parlamento”. De allí la presunción de validez a favor de la ley. Hoy ya no estamos en ese horizonte cultural y, antes bien, la tarea de esta época consiste en fortalecer el poder del Poder Judicial.³¹ No se suele destacar con suficiente fuerza el hecho de que gran parte de los conceptos generales que desarrolla la moderna teoría general del derecho se nutre de ese ambiente cultural gestado por la Ilustración. El progresivo abandono de los estudios de derecho romano consolidó aún más esa visión, ya que éste se fundaba en principios opuestos (mucho más el clásico, que el tardío del *Corpus*). Además, finalmente, la historia del régimen de las nulidades es en gran parte la misma que la del recurso y los tribunales de casación y es clara en este último la función centralizadora y de control político sobre los jueces (y antiguamente de los parlamentos, especialmente los regionales).

3. *La necesidad de cambiar el centro de discusión*

§ 16. Por otra parte también ha causado dificultades en la comprensión el que la teoría de la actividad procesal inválida girara alrededor de la palabra “nulidad”. Ella denota, en realidad, sólo a una de las respuestas —y no precisamente la primaria— en el conjunto de problemas que giran alrededor del incumplimiento de las formas procesales. Es más, la idea de nulidad es un concepto residual, que no se puede construir sin precisar antes los conceptos de

³¹ Ídem, p. 22.



saneamiento y convalidación, que siempre tienen primacía teórica, política y práctica. Sin embargo, esa palabra ha servido para denominar tanto a la invalidez como a la privación de efectos y al conjunto de explicaciones que se han dado sobre ambas. De hecho hablamos de "teoría de la nulidad". Asimismo, la categorización de la nulidad como una sanción tampoco ha ayudado para esclarecer el sistema de protección de las formas, por la variedad de significados que tiene esa palabra. Pero la doctrina mayoritaria ha utilizado el concepto de sanción procesal y todavía se hace girar la teoría de la nulidad alrededor de la idea de sanción.³² Manzini, sólo como ejemplo, señala que la observancia de las normas que regulan la actividad procesal se asegura en algunos casos mediante sanciones jurídicas procesales.³³ Lo que ocurre es que si utilizamos un concepto amplio de sanción,³⁴ de modo tal que entendemos

³² Torres, Sergio Gabriel: *Nulidades...*, p. 30: "Se ha definido a la nulidad como 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 su efectos normales (Eduardo B. Carlos). Del mismo modo señala López Mesa: "Hasta no hace mucho tiempo la doctrina ampliamente mayoritaria adhería, en general, a una concepción punitiva de la teoría de las nulidades (...). Con el desenvolvimiento de las ideas de brillantes profesores, se advirtió que esta noción tradicional resultaba insuficiente y significaba un valladar para la conformación de una construcción integral en materia de ineficacia, una doctrina que aglutinara todas las diversas terminologías y conceptos de esta 'selva oscura' en un cuerpo homogéneo y coherente". Otros autores aceptan simplemente que se trata de una privación de efectos que no necesita ser explicado con la idea de sanción (López Olacirregui, Nieto Blanc, Compagnucci de Caso, Abelenda, el propio López Mesa, etc.). "Este tema, señalaba el autor citado, ha generado una polémica innecesaria la cual debiera ya haberse agotado." En el ámbito del derecho procesal penal se la acepta de un modo acrítico y, lo que es peor, se suele hacer un paralelismo impropio entre delito/pena e invalidez/nulidad. La idea de sanción impide desarrollar normas conceptos y ampliar la base explicativa en este tema. Ha sido Julio Maier quien más ha insistido en abandonar la idea de sanción y buscó fundar ese abandono en una estructura normativa diferente. Ver *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, en especial el último capítulo.

³³ Manzini: op. cit., t. III, p. 99.

³⁴ Ese concepto amplio es el que utiliza Soler, quien en realidad está pen-

por ella toda asignación de una consecuencia gravosa por el orden jurídico ante el incumplimiento de una norma de cualquier clase o de un requisito expreso implícito o "virtual", la discusión sobre si se trata de la respuesta a una carga o una obligación es ociosa y la utilización del concepto de sanción demasiado genérico. También lo entiende así Manzini.³⁵ Lo determinante, dice, es que una actividad esté prescripta "bajo pena de determinadas consecuencias perjudiciales" (a lo que él llama sanciones y entre las cuales, consecuentemente, está la sanción de preclusión). La propia doctrina ha utilizado el nombre de sanción pero no ha quedado claro para qué sirve la utilización de ese nombre respecto de otros.³⁶ Ha prevalecido la idea de "armonía de los conceptos", que tantas veces ha ocultado el sentido de las palabras y las instituciones dentro del pensamiento jurídico y han construido una "escolástica" superficial, pero no inocente.

sando, en la reparación. Se ha instalado también una "falsa armonía", según la cual la nulidad es al derecho procesal, lo que la pena al derecho penal. Esta simetría, que luego se convierte en consigna, sólo confunde (ver D'Albora: op. cit., p. 31).

³⁵ Manzini: op. cit., p. 100.

³⁶ Pretender seguir utilizando la idea de sanción pero ampliando su concepto carece de sentido y genera confusión (v. gr., Zannoni que propone considerar la sanción como un "indicador de comportamientos impuestos por el derecho a quienes pretenden poner en movimiento potestades reconocidas al individuo, o López Mesa que propone superarla pero sin abandonarla totalmente). Ver López Mesa: op. cit., p. 26. Es interesante ver cómo se repite en la doctrina la queja por las insuficiencias de los conceptos utilizados por la teoría de las nulidades (o la casación) pero a la vez se mantiene un respeto a la tradición (que Calamandrei se encarga de demostrar que no es tal) que no se justifica. Los conceptos "tradicionales" no le han prestado un buen servicio a los sistemas judiciales, a la eficacia y vigencia del orden jurídico y mucho menos a la buena fe en los negocios.



4. Las formas procesales y la práctica institucional

§ 17. Por todo lo expuesto, la clarificación del problema de la actividad procesal defectuosa necesita una reflexión clara sobre el sentido de las formas para evitar una rápida transpolación de las funciones generales de las formas jurídicas a las formas procesales.³⁷ En esto, como en tantos otros temas, el derecho romano siempre será de gran ayuda.³⁸ Como señala Windscheid, *los conceptos del derecho romano son siempre agudos y precisos, sin embargo son siempre elásticos, siempre prontos a abrirse a cada nueva necesidad de la vida que se presente y a hacer lugar a sus exigencias; el derecho romano es siempre claro, y sin embargo jamás abstracto.*³⁹ Desde la misma perspectiva, para Ihering el desarrollo del formalismo es uno de los elementos más interesantes del derecho antiguo, no tanto por el fenómeno en sí mismo sino por su persistencia. *Ni aún la idea de libertad —nos dice— que le domina por entero, alcanzó realización tan absoluta ni se conservó tanto tiempo, las formas sobrevivieron a la libertad romana.*⁴⁰ La aversión y el desprecio hacia las for-

³⁷ Esto no significa desechar todo valor al formalismo. Debe entenderse bien: el derecho siempre juega con las formas, porque es uno de sus instrumentos principales. Pero lo hace de muchas maneras y para distintas funciones. Sólo si se ligara la idea de "forma" a la de "límite" se podría encontrar líneas comunes. Pero todavía no se acepta fácilmente esa relación. En general para este tema ver Rezzonico, Juan Carlos: "La forma jurídica y su dimensión histórica", LL, 31/10/1980.

³⁸ Pero se debe tener en cuenta que la separación tajante entre el derecho público y privado no es aplicable al derecho romano (de allí proviene en gran medida la transpolación de los conceptos de invalidez aplicable a los negocios jurídicos, a las formas procesales). Como dice Calamandrei, "el concepto de *iudicium* no aparecía como profundamente diverso del de relación de derecho privado (Calamandrei, Piero: op. cit., p. 39). De allí surge también la naturaleza contractual que se le asignaba al proceso.

³⁹ Windscheid, B.: *Diritto delle pandette*, trad. italiana de C. Fadda y P. E. Bensa, Unione Tipografica Editrice, Turín, 1902, t. I, parte 1, pp. 18 y ss. y parág. 6, citado por Rezzonico, Juan Carlos: "La forma jurídica y su dimensión histórica", LL, 13/10/1980, p. 1.

⁴⁰ von Ihering: "El espíritu del derecho romano", de la edición abreviada

mas que se observó en el derecho romano tardío —insiste Ihering—, no estuvo acompañado de un auge de la libertad sino todo lo contrario.⁴¹ En un razonamiento muy parecido al que hoy realiza, desde otra perspectiva y con otro instrumental teórico el garantismo, señala el mismo Ihering: *aunque la libertad, por dar el más libre vuelo a la voluntad, y la forma, por reducirla desde el punto de vista formal, parecen contradictorias, están, sin embargo, en dependencia mutua y reacción oculta. (...) El pleno auge de la idea de libertad coincide con el reinado tiránico de la forma (...) Enemiga de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad.*⁴²

§ 18. En el campo de los negocios jurídicos un acto es estrictamente formal cuando el respeto de las formas está vinculado necesariamente con la producción de los efectos. De tal modo que el incumplimiento de esas formas conlleva necesariamente la respuesta que priva de valor a esos efectos (¿sanción?). Por tal razón la legislación establece formas en abstracto, que configuran actos procesales. Así

realizada por Fernando Vela, para la *Revista de Occidente*, Madrid, 1962, p. 284. La bastardilla me corresponde.

⁴¹ Con claridad nos dice Calamandrei: "La verdadera y propia apelación reformatoria, aproximadamente similar a la que tenemos hoy, es un producto del *derecho imperial* y una consecuencia de la radical transformación que se lleva a cabo durante los primeros siglos del Imperio, en todos los ordenamientos públicos y especialmente en el ordenamiento judicial: a las antiguas magistraturas republicanas se sustituyó poco a poco una compleja jerarquía de funcionarios imperiales, subordinados entre sí en una escala de grados cada vez más restringidas, para culminar en el emperador, que reunía en sí la suma de todos los poderes; y, por medio del desarrollo cada vez más amplio de la *cognitio extraordinem*, la decisión normal de las controversias civiles deja de ser una atribución de clase del pueblo soberano personificado en el *unus iudex*, para convertirse en un oficio de todos los funcionarios dependientes del emperador" (op. cit., p. 87). Allí queda perfilado lo que en el Estado moderno será la forma piramidal típica de la administración de justicia. Es la consolidación de este modelo lo que produce una ruptura y trastoca totalmente la función de las formas, que quedarán atrapadas hasta el presente en el horizonte cultural del sistema inquisitivo.

⁴² von Ihering, op. cit., p. 284.



las formas responden a una necesidad práctica (establecer límites) que aparece siempre en el derecho. Ello no le quita un cierto carácter odioso, que se hace notar en los incumplimientos. Un pleito perdido, continúa Ihering, sólo por un vicio o descuido de forma, se hace notar más intensamente que millares de casos en que la forma ha cumplido su misión tutelar.⁴³ Por eso debemos tener en cuenta que las desventajas de las formas, según Ihering, se resumen en dos: una su *peligro*, la otra su *incomodidad*. El peligro aumenta con la multiplicación de las formas que favorece su incumplimiento y la incomodidad aumenta con la creciente complejidad, que dificulta su uso. No obstante las dificultades provenientes del uso de formas jurídicas ceden ante sus ventajas. Entre ellas se encuentran las siguientes: a) reduce las dudas en la interpretación del sentido de un acto, es decir, facilita y vuelve más seguro el diagnóstico jurídico y simplifica el trabajo del juez; b) actúa como un *despertador de la conciencia jurídica*, que asume que se encuentra ante una situación que debe ser tratada con mayor cuidado.⁴⁴ También en el

⁴³ Op. cit., p. 288.

⁴⁴ Desde otro punto de vista, Ihering entiende que el formalismo es una etapa de la civilización, una "fase necesaria en la historia del espíritu". Se trata de una necesidad de los pueblos de manifestarse de ese modo y su conservación se vincula con las tradiciones y asegura la continuidad en el desarrollo de una civilización. Esta explicación, muy atada al historicismo de la época, no se vincula necesariamente al análisis que hace Ihering de las formas, así que puede ser asumida o rechazada independientemente de ese análisis. En mi opinión no es aplicable a las formas de los actos procesales, ya que ellos, por lo menos en el actual desarrollo de nuestros sistemas judiciales, no tienen vinculación alguna con las costumbres de nuestros pueblos y por ello no se puede hablar de tradición. Sí constituyen la tradición de un grupo determinado, el de los abogados, pero no se puede extender la función que las formas realizan en el sector jurídico al resto de la comunidad. Específicamente en el mundo romano, Ihering le asigna una explicación más, de índole estética, ya que el romano se "esfuerza en traducir lo invisible en actos visibles prácticos". (...) El formalismo es un producto artístico del espíritu jurídico. Op. cit., p. 297.

campo del negocio jurídico está presente la dualidad de apego y aversión hacia las formas que se perciben en el proceso y lo tensionan hacia un equilibrio que nunca se logra o se logra siempre con algún grado de insatisfacción.

§ 19. Por eso parece que siempre nos encontramos ante una paradoja. Por una parte, a las formas se las considera como algo agregado, exterior al acto jurídico mismo, no vinculado a su esencia y en cierto modo innecesario o superficial, pero, al mismo tiempo, los sistemas judiciales protegen la forma antes que nada. Esta forma de actuar y razonar es muy propia de la adaptación de la cultura inquisitiva a la cultura de la legalidad propia del siglo XIX y genera muchas confusiones, así como una divergencia patológica entre la práctica de los tribunales y la doctrina.⁴⁵ Se debe destacar que en el derecho romano la forma estaba asociada a la oralidad. Por el contrario, modernamente las formas se asocian a la escritura y cuando más importante es el acto, incluso se requiere la formalidad notarial. Estas dos maneras de vivir la formalidad no sólo están influidas por el valor diferente que la escritura cumple en cada civilización, sino en claras prácticas sociales vinculadas a la administración de justicia que aparecen permanentemente en la jurisprudencia sobre las nulidades. Muchos fallos demuestran que se ha estado razonando sobre la base de un proceso escrito y formal, aun cuando él ya no exista. O que se ha protegido el trámite formal de un "expediente" antes de pensar en los principios que son objeto de protección.

§ 20. En el derecho romano, mientras la forma se asocia al acto de manifestación de voluntad del

⁴⁵ Rezzonico: op. cit., p. 2.

“hablante”, se le otorga primacía a aquello que genera compromiso de la persona que participa en el acto. Por ello lo verbal es más “personal”. Se trata de un derecho entre personas y el acto fundamental del derecho es lo que las personas hacen entre sí.⁴⁶ En el uso escritural ligado a la aparición de las grandes burocracias judiciales.⁴⁷ La forma se asocia a las rutinas de esas burocracias, es expresión de una maquinaria del Estado y, por lo tanto, no tiende a la seguridad y el compromiso personal sino, todo lo contrario, a la rutina y la despersonalización. Ya no se trata de asegurar la interacción social sino de proteger las rutinas que sustentan la organización. Esta enorme diferencia no suele ser advertida en los ensayos sobre nulidades y se pretende encontrar un lazo de continuidad entre usos no sólo diversos, sino antagónicos y ligados no sólo a formas distintas de ordenamientos jurídicos, sino a concepciones muy alejadas entre sí de sistemas judiciales.⁴⁸

46 “Para los romanos la forma era la verbal, con lo que se diferenciaban de los griegos, cuya forma típica era la forma escrita: ello explica que la influencia de lo griego en lo romano hiciera ceder la forma verbal a la escrita, lo que es bien patente en el derecho justiniano.” Ver Perozzi, S.: *Istituzioni di diritto romano*, t. I, pp. 136 y ss., cit. por Rezzonico, op. cit., notas 32 y 33.

47 La constitución de estas burocracias comienza en el derecho romano imperial, modelo de las monarquías absolutas. “La acumulación de todos los poderes públicos en manos del emperador y la formación bajo él de una jerarquía de funcionarios dependientes, produjo también en el ordenamiento judicial la unificación y la centralización que faltaban en las magistraturas republicanas (...) la jurisdicción vino de tal modo a ser unificada y disciplinada; y el príncipe apareció como el control natural de la buena marcha de toda la administración de justicia. (...) El príncipe fue considerado el juez supremo de quien dependían en calidad de representantes todos los jueces que cumplían la *inmensa burocracia* del imperio (...). Los emperadores fueron inducidos a la progresiva extensión de sus poderes jurisdiccionales no tanto por el deseo de garantizar a los súbditos una eficaz tutela de los intereses privados, cuanto por la conciencia de tener en la jurisdicción un arma idónea para afirmar y extender las normas del derecho imperial (Calamandrei: op. cit., pp. 101 y 102).

48 Calamandrei explica cómo se fue realizando esta confusión. Nos dice: “Si la nulidad de una parte, y la apelación de otra, tuvieron en teoría cam-

§ 21. La ficción del Estado “hablante” suplanta a las personas. Las formas son expresión de esa ficción. Esta diferencia se marca claramente en la evolución de los símbolos que acompañan el proceso de despersonalización, según nos señala Savigny: *El origen de las formas simbólicas del derecho se ubica, en general, en la época en que la imaginación es la facultad dominante del pueblo. A medida que la reflexión extiende su imperio esas formas pierden su interés; se cansa de ellas y termina por abandonarlas: tal fue su suerte en derecho romano. El derecho justiniano presenta débiles huellas de las que algunas no se ha conservado en la Europa moderna sino como recuerdos de la antigüedad.* Finalmente esas formas vinculadas a la memoria, el recuerdo y la vivencias de las personas son ordinariamente reemplazadas por otras que determina la voluntad del legislador, ahora ya bajo otros criterios. Dejando de lado el tipo de interpretación de base organicista que asocia al desarrollo de las culturas la preeminencia de facultades espirituales, lo cierto es que Savigny señala la *evolución cultural de las formas* y su cambio por prácticas ligadas a la creciente burocratización de la gestión estatal. ¿Cómo influirá el vértigo de las nuevas técnicas masivas de comunicación y sus símbolos en las formas procesales? La traumática, pero necesaria, vinculación de los sistemas judiciales con esos medios de comunicación ya ha puesto en tensión las funciones de las formas procesales y para muchos televidentes cualquier forma procesal carece de sentido, porque sólo es expresión de la demora y la insensa-

pos de eficiencia bien separados, en la práctica, como el efecto último de los dos institutos era, en parte, idéntico (impedir que una sentencia alcanzara la categoría de cosa juzgada), pudo ocurrir que sobre la nulidad, formación originaria de derecho republicano, ejerciera su influjo la *appellatio*, formación sobrevenida de derecho imperial (op. cit., p. 96). Esta superposición existe hasta hoy en día.



tez (como, por otra parte, efectivamente lo son en muchos casos, pero sin duda no en todos). La "cultura del ícono", la vuelta a lo ideográfico, la "imagen total" que prometen los televisores al ritmo de las nuevas técnicas audiovisuales, son sólo algunos de los elementos de una nueva cultura. Piénsese por un momento en el impacto que significó en la evolución de nuestra civilización el uso de las lenguas romances y la difusión de los impresos. Ese dato nos advierte sobre la influencia de las formas de comunicación en la cultura y los sistemas judiciales no fueron ajenos a esa influencia. Al contrario, el sistema inquisitivo tal como se configuró históricamente no hubiera sido posible sin la influencia de ese nuevo "lenguaje" que generaron las técnicas de comunicación. También nos llama la atención sobre el impacto que seguramente ya se está produciendo sin que todavía podamos calibrarlo en todos sus alcances. Si los sistemas judiciales no fueron inmunes antes a esos cambios nada autoriza a sostener que no lo serán ahora. Tampoco esto debe ser analizado de un modo apocalíptico. De hecho las instituciones judiciales que hoy conocemos se han gestado alrededor de un uso de la escritura que en su momento significó un trauma respecto del pasado, posiblemente tan grande como el que hoy generan los nuevos medios de comunicación.

§ 22. Se nos abre así otra línea de reflexión sobre la función de las formas en nuestros sistemas judiciales. Lo cierto es que de la consolidación del sistema inquisitivo en el siglo XVI ya no se puede realizar un paralelo, entre las formas jurídicas que rigen todos los actos jurídicos y que son manifestación de la idea de asegurar la declaración de voluntad, tal como suele expresarle la doctrina mayoritaria. Por el contrario, utilizar esta forma de análisis no ha podi-

do explicar con claridad la función de las formas procesales en los tiempos modernos o ha desconectado esa reflexión del desarrollo restante de una teoría de la nulidad. La idea sustentada en este ensayo es diferente. *No se debe buscar un nexo de continuidad entre las formas del acto jurídico, menos aún cómo las entendía el derecho romano clásico (vinculadas, como dijimos, a la oralidad) y las formas procesales, ya que existe un punto de ruptura en la aparición del sistema inquisitivo y sus formas rituales y escritas sustentadas en una escolástica secundaria por los "prácticos" de los siglos XVI y XVII.* Por el contrario, la discusión sobre la función de las formas de los actos procesales, debe ser realizada volcándolas sobre la práctica de los tribunales a partir de su consolidación como grandes burocracias autosuficientes, rituales y con finalidades muy diferentes de la solución de los conflictos. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, sobre todo en nuestro país, sigue aferrada a la relación entre formas de los actos jurídicos y formas procesales. Este nexo debe ser abandonado (sin perjuicio de que siempre se puede encontrar relaciones de afinidad entre las instituciones jurídicas, ya que todas ellas provienen finalmente de un tronco común) para permitir el desarrollo de nuevas formas explicativas y nuevas reflexiones sobre las funciones (subrayo el plural) de las formas procesales y los distintos modos de reaccionar ante el incumplimiento de esas formas.

§ 23. Vuelvo a destacar que sostener que existe un lazo de unidad entre la función de las formas jurídicas y las formas procesales puede servir para construir un concepto de uso fácil y dotar a la teoría de las nulidades de una aparente sencillez. Pero de ese modo se oculta la función que esas formas procesales han cumplido en el desarrollo de los apar-

tos judiciales y a través de ellos en la construcción de nuestra cultura jurídica.⁴⁹

*Las prácticas judiciales —la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia— creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas.*⁵⁰

§ 24. Según Foucault, la práctica institucional —en nuestro interés la práctica judicial— constituye aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento y las relaciones de verdad, *Sólo puede haber ciertos tipos de sujetos de conocimiento, órdenes de verdad, dominios de saber, a partir de condiciones políticas, que son como el suelo en que se forman el sujeto, los dominios de saber y las relaciones con la verdad.*⁵¹ La práctica judicial, desarrollada a través de las formas, constituye un determinado tipo de sujeto que finalmente es mucho más que un sujeto de conocimiento. Las formas han estado al servicio de

⁴⁹ "La centralización de la administración de justicia en las manos del emperador tuvo notables consecuencias políticas" (Calamandrei: op. cit., p. 102). Esa afirmación es mucho más válida aun para las consecuencias políticas y culturales del sistema inquisitivo, construido sobre los moldes del derecho romano tardío que se reinstala en Europa a través de la recepción del *corpus iuris civile* y que a través de sus distintas formas históricas llega hasta nuestros días.

⁵⁰ Foucault, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Buenos Aires, p. 17.

⁵¹ *Ibidem*, p. 32.

la construcción de ese sujeto y ésa ha sido su finalidad más oculta, pero más fuerte y perdurable. La práctica de defensa de las formas por las formas (el ritualismo, la nulidad por la nulidad misma) no ha sido sólo el resultado de la rutina o la insensibilidad. Ha sido mucho más que eso, ha sido una defensa del sujeto constituida por ellas y su cultura. Por eso es tan costoso lograr que se abandone el ritualismo que reaparece permanentemente en la jurisprudencia con nuevos bríos. Se hace imperioso poner en evidencia esta función cultural de las formas para poder llegar al punto en que le reconozcamos a esas formas otras funciones de tanta fuerza y valor como para oponerse a esta función cultural vinculada a la preservación de la propia burocracia judicial. Si no está claro lo que deben proteger las formas procesales, entonces ellas protegerán la rutina, los ritos y los ritmos de la burocracia judicial. La fuerza del trámite o del "expediente", su carácter central y hasta excluyente en la vida cotidiana de los tribunales, las mil maneras de ejercer poder a través del trámite, la pervivencia centenaria de las formas perimidas, la defensa que se hace de ellas y otras tantas manifestaciones de este formalismo no se pueden explicar sino por una profunda relación entre esa práctica formalista y la cultura judicial: a la vez ambas configuran a los sujetos del sistema judicial de un modo muy profundo. El formalismo —y su reflejo en la jurisprudencia de nulidades— no es un elemento menor de la práctica judicial: *de allí las dificultades para extirparlo* y para pensar alternativas al funcionamiento de los sistemas judiciales por fuera del expediente y su rutina.

§ 25. Además, este formalismo propio de los sistemas de justicia penal no responde a un mal funcionamiento de los últimos años. Sin duda el au-



mento de la complejidad social ha acentuado mucho de sus males estructurales y las nuevas visiones y demandas han generado un clima de crisis, pero los problemas que presenta la justicia penal no son nuevos sino que hunden sus raíces en la forma del Estado colonial, manifestación eminente del nuevo Estado moderno y sus formas de ejercicio de poder. El sistema judicial de América latina es básicamente el sistema inquisitivo y éste es un sistema judicial nacido en una época precisa y al servicio de una concreta estructura del Estado. El sistema inquisitivo, no sólo es una forma de proceso, sino un modelo completo de organización judicial, una figura específica del juez y una cultura también de contornos bien precisos;⁵² él es una creación del Estado moderno y la monarquía absoluta. Muchos de sus atributos centrales como el carácter escrito, secreto, formalista, lento, curialesco, dependiente, burocrático, etc., son cualidades esenciales de este sistema y no defectos. La monarquía absoluta comienza a ejercer un nuevo modo de poder, nuevo en muchas formas y en su intensidad. Además el Estado moderno se caracteriza por el ingreso a la política y al manejo del Estado de una burocracia en creciente especialización. La monarquía absoluta genera nuevas realidades en el plano de la práctica política y en el nivel discursivo de esas prácticas.⁵³

⁵² Ha sido Ferrajoli quien destaca con mayor fuerza el carácter profundo y estructural del modelo inquisitivo, aunque todavía no extrae todas las consecuencias para el pensamiento y la cultura judicial (Ferrajoli: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 40 y ss.), así como en general todo el contenido de la obra.

⁵³ Ver para el desarrollo siguiente, Binder, Alberto M.: "La reforma de justicia penal: del programa político al científico", en *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000. De allí se han extraído y modificado algunos párrafos atinentes al tema. Se advierte al lector sobre la repetición parcial, necesaria para la continuidad literaria del texto.

§ 26. En esta época se "inventa" el "nuevo mundo"; práctica política de expansión y discurso al servicio de esa expansión. Se "crean" las nacionalidades, práctica y discurso al servicio de la unificación (el Estado-Nación) y también se crea el "mundo judicial", caracterizado por sus servicios a la monarquía y por la aparición de un nuevo sector profesional que mueve las palancas de esa nueva maquinaria, que asegura obediencia al Estado. La aparición de una justicia escrita y secreta en el contexto de una Europa de cultura oral significaba una ruptura con el entorno social, pero a su vez aseguraba el nacimiento de un microclima, de un nuevo espacio con sus reglas propias tanto de sostenimiento como de reproducción. La persistencia de ese microclima judicial y jurídico que todavía hoy percibimos es producto de este aislamiento del entorno social. A su vez, la utilización creciente de lo escrito y la estructura burocratizada no son simplemente técnicas nuevas, sino que generan una nueva cultura. La escritura y el formalismo funcionan como *el nuevo lenguaje de los sistemas judiciales* y lentamente moldea el mundo y la cosmovisión judicial. Los sistemas judiciales en nuestro país están todavía atrapados en esa cosmovisión. El modo como protegen las formas procesales es una de las manifestaciones más claras de la pervivencia cultural de esa cosmovisión y de las funciones no manifiestas de esas formas procesales así como del sistema de nulidades, al servicio de la pervivencia de esa cultura. También así se forma el sistema judicial que es transplantado a Latinoamérica junto con la conquista y sirve para la administración del imperio y la construcción del Estado autoritario de la época colonial. Las culturas aborígenes no estaban en una situación distinta a la del pueblo común europeo a quien se le aplicaba

este sistema que también era extraño a sus costumbres, y totalmente incomprensible. También aquí el poder estaba en el trámite y las formas y no en las decisiones de fondo, como todavía ocurre ¡después de quinientos años!

§ 27. Luego de la etapa de crítica, avances y retrocesos, propia de la Revolución Francesa y las doctrinas de la Ilustración que le daban sustento, el consulado napoleónico permitirá construir una nueva síntesis, que funda la segunda etapa del Estado moderno (el Estado bonapartista) y también la segunda etapa del sistema inquisitivo. El viejo modelo judicial de la monarquía absoluta triunfa finalmente con algunas concesiones a la tradición romano-germánica (v.gr., el juicio oral, el sistema acusatorio formal, los elementos propios del llamado sistema mixto) pero también gana en una nueva re-legitimación histórica que lo convierte en la nueva base de la legislación europea (códigos napoleónicos) y es repotenciado por la incorporación de cuerpos policiales organizados y tecnificados de un modo también nuevo.⁵⁴ Pero el uso de las formas procesales como manifestación principal del poder no sufre alteraciones y extiende sus alcances a las nuevas instituciones como el juicio oral mismo. El sistema mixto inicia una segunda etapa del modelo inquisitivo que recién entra en crisis en los últimos años, de la mano de la crisis global del Estado moderno y cuyo destino es difícil percibir, aunque el Estado supranacional que ya se perfila ha mostrado rápidamente los atributos de la forma "moderna" del ejercicio del poder y su pretensión de totalidad y ca-

⁵⁴ Napoleón creó el primer Estado policial moderno y lo exportó. Austria, Prusia y Rusia aprendieron todos los métodos de Joseph Fauche, ministro de policía de Bonaparte de 1799 a 1814. Ver Johnson, Paul: *El nacimiento del mundo moderno*, Vergara, 1992, p. 73.

pacidad discursiva (globalización como práctica y como ideología). América latina acompañó estos movimientos en el plano político general y en el campo judicial, con la particularidad de que ni siquiera se establece el sistema mixto con las pequeñas concesiones del modelo napoleónico al sistema acusatorio, sino que se vuelve a las viejas estructuras judiciales de la Colonia, a su práctica y a su cultura curialesca. Muchos años después cuando se intenta establecer modelos mixtos (ahora mucho más vinculado a la versión italiana del modelo francés mixto), los componentes inquisitivos de la cultura y de la práctica distorsionan aún más los sistemas y los vuelven mucho más inquisitivos que sus originales y todavía más aferrado a las formas, protegidas ahora por un nivel superior de conceptualización, que reemplaza en gran medida el respaldo moral y religioso que tenía el antiguo sistema inquisitivo. De esa manera, las clasificaciones abstractas y el prestigio de una científicidad más ligada a la idea de *corpus* que al verdadero rigor de las proposiciones, ocupan hoy el lugar que antes monopolizaban los tradicionales adagios en latín, de fuerte contenido moral y religioso.⁵⁵

5. La búsqueda de nuevas bases

§ 28. Desde el fundamento mismo de las funciones de los actos procesales se puede comenzar a construir una crítica a la doctrina unitaria de las nulidades y eso he tratado de mostrar, aunque esta monografía no tenga una base de investigación histórica rigurosa. La función de las formas judiciales

⁵⁵ Ésta ha sido una de las funciones que han cumplido algunas versiones de la teoría general del proceso y su apego a la autologación de las clasificaciones.



es compleja, mucho más cuando ellas han acompañado la evolución del derecho a lo largo de su historia y llegan hasta la sociedad mediática que diluye en gran medida las fronteras entre forma y contenido. Es fácil caer en la "falsa armonía" de la conceptualización unitaria ya que la "forma del acto jurídico" constituida desde sus orígenes para dar seguridad y certeza a las manifestaciones de voluntad y facilitar la celebración de contratos y el cumplimiento de las obligaciones se convierte en un concepto central formador del pensamiento jurídico a partir del salto cualitativo que produce el derecho romano. La invalidez del acto jurídico, expresada durante siglos por el quebrantamiento de las formas (hasta que se llegara a la invalidez por el cumplimiento abusivo y riguroso), fuente de conflictos, violencia y quebrantamiento de la buena fe, con repercusiones morales y religiosas, es uno de los ejes desde el cual se piensa al derecho en su conjunto y se lo ubica al mismo nivel que otros de sus conceptos primarios, tales como débito, responsabilidad o culpabilidad. La consolidación de una teoría general del derecho afincada en los "conceptos jurídicos fundamentales" también ha ayudado al tratamiento unitario y artificial de fenómenos bien diversos y que se desentien- de de las prácticas institucionales de las burocracias judiciales.

§ 29. Por tal razón, la fuerza del binomio formalidad-invalidez pareciera darle bases firmes a un análisis de la actividad procesal defectuosa. El esfuerzo que hicieron los primeros teóricos del derecho procesal para sacar al proceso de su lugar científico menor, puramente instrumental y descuidado, sin prestigio en la academia, y carente de categorías propias, los llevó a utilizar todas las grandes categorías del pensamiento jurídico para la explicación

teórica de la actividad procesal. Entre ellas el binomio "formas-invalidez", con todo su bagaje histórico y su fuerza cultural. Pero como en general le sucedió a la teoría general del proceso, su afán de elevar el nivel de abstracción de las doctrinas procesales a través del uso de los conceptos fundamentales del derecho, impidió o dificultó la comprensión del funcionamiento de las instituciones judiciales y las desvinculó de su modo histórico más reciente que era el sistema inquisitivo y su universo cultural. Hoy, como bien señala Pessoa, *la investigación de las nulidades del proceso penal puede ser mucho más fructífera, desde el punto de vista teórico, si se basa sobre un estudio de los fundamentos constitucionales de los mismos. En este punto —señala el mismo autor— no se ha trabajado en debida forma.*⁵⁶

§ 30. Este ensayo propone abandonar esa línea de reflexión para darle otro fundamento al análisis de la actividad procesal defectuosa. Superar el análisis unitario, anclado ahora en una consideración pobre y formal de los conceptos fundamentales, reconocer que no es posible transpolar los temas y problemas de las formas de los actos jurídicos a las formas procesales resultantes de las prácticas institucionales y, a partir de allí, explorar las consecuencias que surgen de este abandono. Para ello, se parte de la idea básica de que las formas procesales, vinculadas siempre a concretas prácticas institucionales, deben ser pensadas desde tres funciones diferentes:

- 1) El *sistema de garantías*, que sólo protege al imputado (y sólo él) de la violación de los principios pensados para salvaguardar su persona del uso abusivo del poder penal. Según

⁵⁶ Pessoa: op. cit., p. 15.

este sistema, las formas procesales son mecanismos de protección. *Las formas son la garantía misma* que permite detectar la violación de uno de esos principios (en realidad todos derivados de la idea final de juicio previo por lo que todos pueden ser explicados como una teoría del juicio penal).

- 2) El *principio de institucionalización del conflicto*, según el cual las formas procesales regulan el derecho de la víctima a la reparación de su ofensa en base a su derecho a la tutela judicial efectiva, pero siempre institucionalizado (prohibición de la autodefensa). Dando forma a una protección condicionada, que nace de la idea misma de las limitaciones a la autodefensa.
- 3) El *principio de objetividad* que rige la actividad del Ministerio Público. Según este principio, las formas procesales son *mecanismos de orden* que conducen al Ministerio Público a la correcta defensa de los intereses a su cargo, que son siempre los de una víctima, particular o colectiva (el llamado interés general, con un grado de abstracción que no es deseable, ya que oculta que siempre se trata de una suma de intereses particulares, aunque en esa suma cada interés particular se haya modificado en algo).

Como ya hemos señalado, no es suficiente para lograr la renovación conceptual que busca con razón Pessoa⁵⁷ cambiar el eje hacia una interpretación constitucional. En el campo doctrinal de la teoría unitaria y su batería de conceptos (nulidades absolutas y relativas, genéricas y específicas, implícitas y virtuales, etc.) se producen disfunciones teóricas

⁵⁷ Op. cit., p. 18.

que se mantienen en tanto se utilice el mismo marco teórico. Además, seguir sosteniendo el principio de legalidad de las nulidades y aceptar la existencia de las nulidades virtuales o implícitas es un contrasentido. Aunque uno no comparta el criterio es más coherente la jurisprudencia de la Cámara de Casación que cita el mismo Pessoa:⁵⁸ (CNCas., Sala II, "Guillén Varela", 18/11/1993, JA, 1994-III-1038; o Sala I, "Freire", 11/8/1993, JA, 1994-I-979). La utilización del "baremo constitucional" o del "sistemático normativo" rompe con el principio de legalidad de las nulidades porque ese principio en su sentido histórico, cultural y como precisa técnica normativa, no significa "previsto en el orden jurídico", sino que está vinculado a la taxatividad, la interpretación restrictiva, en definitiva, una derivación del *pas de nullité sans texte*. *Nuestra posición es más directa: si se quiere realizar una renovación conceptual en este campo se debe abandonar sin más el principio de legalidad de las nulidades y todo su aparato conceptual. De hecho la doctrina y la jurisprudencia lo han hecho hace rato y sólo se rinde un tributo formal y rutinario a sus conceptos.*

§ 31. Trataré de extraer consecuencias de esta triple fundamentación de las formas y reordenar algunos conceptos ya conocidos basándome en esa tripartición. No debemos olvidar, por último, que dado el modo en que organizamos todavía las leyes procesales, una misma estructura formal puede fundarse en los tres principios (un plazo, por ejemplo), y su invalidez general conflictos en las soluciones que se pueden construir desde cada uno de ellos. Para estos casos, rige un principio de protección del imputado, que obliga a resolver esos conflic-

⁵⁸ Op. cit., p. 76, nota 1.



tos siempre en favor suyo (*favor rei*), dejando a salvo los casos en los que el imputado no tiene un real perjuicio o pretende que el Estado se comporte por fuera de las condiciones de legitimidad de su accionar. El imputado debe gozar de la máxima protección, pero no es el dueño del proceso ni puede obligar a un actuar irrazonable del Estado. Asimismo el Estado no puede tener un actuar razonable y legítimo si con ello lesiona un principio de protección del imputado. Por eso si bien el imputado está protegido por las formas que garantizan los principios, no es el dueño exclusivo de ellas. Cuando esas formas son también manifestación de la protección de otros intereses o de las condiciones de legitimidad del Estado que complementan la prevención general o constituyen una forma de ella (prevención general inversa) se generan conflictos que no son fáciles de resolver. Así como el Estado no puede usar argumentos de protección del imputado para construir soluciones que lo perjudiquen en concreto (falso paternalismo del proceso, tan común en la jurisprudencia de nulidades) tampoco el imputado puede pretender ser juzgado por fuera de las condiciones que le otorgan legitimidad a la actuación de los funcionarios estatales y que constituyen una de las manifestaciones más claras del Estado de derecho. Por ejemplo, no podría pretender que se lo torture para probar su inocencia o que se lo castigue sin un mínimo de formalidades (éste es el problema de la constitucionalidad del procedimiento abreviado). Cuando el Estado no acepta estas soluciones no lo hace por paternalismo, para proteger al imputado más allá de su voluntad sino para salvar sus propias condiciones de legitimidad.⁵⁹ Sin embargo, si existe

⁵⁹ Se debe reflexionar profundamente sobre estas ideas ya que se ha abusado a lo largo de la historia de los conceptos de "interés general" y otros

un *real* conflicto entre esas condiciones y los principios de protección del imputado, siempre prevalecerán estos últimos. Como se resuelven estas colisiones de principios es posiblemente el campo más rico y difícil del problema de la actividad procesal defectuosa. Pero no se debe confundir el que existan reglas de resolución de los casos de conflictos, con la reconstrucción de una teoría unitaria de las nulidades.

§ 32. Por todo lo expuesto, propongo analizar la posibilidad de construir tres teorías distintas, íntimamente vinculadas al objeto de protección y a los sujetos procesales que encarnan esos intereses. Ello obliga a la reflexión teórica a poner en primer plano la función sustantiva.⁶⁰ de protección de las formas procesales y le quita valor al formalismo mismo.⁶¹

similares, para construir diversas formas de "razón de Estado" y deshumanizar el proceso. Pellegrini Grinover (op. cit., pp. 20 y ss.) desarrolla su trabajo acertadamente basado en el marco constitucional y en "la instrumentalidad de las formas", sin valor en sí mismos al servicio de otras finalidades; pero también insiste en destacar el interés general en la promoción de esas formas. Creo, por el contrario, que en la base de la discusión debe estar siempre primero el interés concreto y personal, no como expresión de individualismo sino como remedio contra la deshumanización e insensibilidad de las burocracias judiciales.

⁶⁰ El uso de la frase "función sustantiva" no debe ser equiparado a la de sustancialidad del acto, vinculado a la clasificación de formas "sustanciales y secundarias". Ni siquiera se debe equiparar si se entiende sustancialidad de la forma como finalidad del acto. Sobre sustancialidad de las formas y las distintas opiniones ver Creus (op. cit., p. 44), con las opiniones de Lascano (nota 27) y Palacio (nota 28). En nuestro texto lo sustantivo se refiere al nexo con la *función* de las formas, por contraste al formalismo.

⁶¹ Esa idea se podría explicar mediante lo que Creus denomina "criterio teleológico", es decir, que la invalidez adquiere relevancia cuando impide la finalidad a la que estaba destinado el acto (op. cit., p. 22). Pero no es lo mismo ya que la finalidad del acto puede (y debe) quedar limitada al *objetivo inmediato* del acto y no a su finalidad general, por ejemplo, garantizar, institucionalizar, ordenar, etc. El concepto teleológico no permite superar el formalismo. El mismo Creus trae un ejemplo de ello, citando a la Cámara Penal de Santa Fe (Sala I, Fallos, 58:345). Dice así, "la jurisprudencia ha sostenido que no se puede declarar la nulidad de un acto que no cumple estrictamente con los requisitos formales de la ley, sin perjuicio de plantear o declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma correspondiente" (p. 42); allí, la instalación de la argumentación sólo en el nivel de la legislación secundaria anula el criterio teleológico.

Además permite discernir criterios claros, imprescindibles para un área tan sensible del proceso penal, siempre sujeta a los vaivenes de la tolerancia social o cultural, por una parte, y a los principios del respeto intangible a la persona humana, por la otra. El hecho de que se puedan utilizar algunas categorías comunes es irrelevante, en mi opinión, por lo menos para construir una teoría común sobre la base de ese uso compartido. Tampoco pretendo desconocer que con sólo construir una clase superior dentro de las clasificaciones ya es posible elaborar una teoría unitaria, pero ello carecería de utilidad y se convertiría en puro artificio. Artificios riesgosos porque el pensamiento jurídico incurre con demasiada facilidad en la falacia idealista, que confunde las propias clasificaciones con hechos de la realidad o con el propio fenómeno normativo. Es preferible no abusar de esas tipologías que llenan los libros, todos usan por costumbre, se consolidan como tradición y finalmente nadie sabe con claridad para qué sirven y a quiénes ayudan.

El principio debe ser otro, el acto es inválido porque controvierte a la Constitución Nacional, por más que una ley lo ordene.



II. LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE GARANTÍAS

A. INTRODUCCIÓN

§ 33. A diferencia de una teoría unitaria, que debe iniciar sus reflexiones sobre lo "formal" o los requisitos legales y su defensa, la propuesta tripartita de este ensayo lleva a iniciar el análisis a partir de lo *funcional* o sustancial (por oposición a formal). Lo formal queda relegado a otro plano desde el análisis mismo. En un Estado de derecho el juzgamiento de una persona, a resultas del cual puede perder su libertad, a veces por el resto de su vida, está regulada por un conjunto de principios conformados históricamente y que tienen la finalidad de proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades cometidas a lo largo de la historia por ese poder de encarcelar a los conciudadanos que se le reconoce al Estado, por lo menos por ahora. El sufrimiento ocasionado y la constatación de la reaparición cíclica de viejas prácticas de abuso o la creación de otras nuevas cuya crueldad era inimaginable para las generaciones anteriores ha generado una reserva de cautela y prudencia que se nutre de esa memoria.⁶² A partir del

⁶² Es importante destacar que el desarrollo de los principios judiciales de protección no surge sólo —ni principalmente— de una preocupación ética, que será loable pero que se puede abandonar rápidamente ante las primeras urgencias o el crecimiento de la inseguridad. Esos principios nacen y se nutren de un acumulado de memoria que constituye una

proceso de constitucionalización que se desarrolla desde el siglo XIX, esos principios se consideran como el núcleo central de un Estado de derecho y por ello han sido consagrados en todos los pactos internacionales de derechos humanos. Pero esos principios no sólo están *reconocidos* sino que están *garantizados*. Muchas veces se usa indistintamente el nombre de *principios* o *garantías*, pero no es lo mismo. Distinto puede ser el alcance del principio o de la garantía. En realidad, un principio (v.gr., la defensa en juicio) *está garantizado sólo cuando su incumplimiento genera la invalidez del acto que lo ha violado*.⁶³ Para garantizar el cumplimiento de ese principio se establecen requisitos para los actos procesales o se regulan secuencias entre actos. Esos requisitos legales o esas secuencias necesarias previstas en la ley son las *formas procesales*. Cuando no se cumple una *forma* (se incumple un requisito legal o se rompe una secuencia necesaria) la actividad procesal se vuelve inválida o defectuosa. En esta técnica normativa específica, tal como hemos expresado, *las formas son la garantía*, que asegura el cumplimiento de

fuerza social de envergadura. El "garantismo" como doctrina hunde sus raíces en ese suelo y se entronca no sólo en el pensamiento de la ilustración, sino con corrientes más profundas y antiguas, vinculadas al humanismo.

⁶³ En el fallo siguiente se ofrecía con claridad el distinto alcance de un principio y sus garantías: "La protección de la garantía de defensa en la ley procesal en cuanto atañe a la designación del defensor por el imputado, no reside en el conocimiento del defensor designado, previo a la indagatoria sobre el hecho, sino en la adecuada información al imputado de la multiplicidad de facultades y derechos que regulan el caso, lo que posibilita que decida sobre el ejercicio en aquellos supuestos que no son de imposición obligatoria y declarar acompañado de su defensor es precisamente uno de ellos. No existe posibilidad de agravio cuando el imputado, en la libertad que le otorga el debido conocimiento de sus derechos, opta por declarar en indagatoria sin la presencia de su abogado, en un acto de defensa material y habiendo sido previamente anoticiado de sus derechos" (T.O.Crim. n° 3, 12/5/1993, "Velázquez, Hernán J."). Una clara diferenciación conceptual entre principio y garantía ayuda a dilucidar los alcances de uno y otro, que podría aparecer confusos en el fallo.

un principio determinado o del conjunto de ellos.⁶⁴ Por tal razón, el nivel de adecuación de un sistema procesal a los principios del Estado de derecho no se mide solamente por la incorporación de esos principios al orden normativo, sino por el grado en que ellos estén *garantizados*.⁶⁵ Salvo aquellos principios que se cumplen de un modo cabal (lo que no es corriente ni común en nuestro país) el nivel y la fuerza de esa garantía se descubre a través de la jurisprudencia sobre nulidades. Esa jurisprudencia es la contracara del sistema de garantías y señala el nivel de cumplimiento de los principios propios de un proceso penal adecuado al régimen constitucional.⁶⁶

§ 34. El modo como se construye esa técnica específica que a través de la forma garantiza los principios responde a preocupaciones y circunstancias históricas. Ella está construida con materiales de la historia del proceso penal.⁶⁷ La aspiración de poner

⁶⁴ La idea de que para que los principios no queden convertidos en meras fórmulas verbales deben ser garantizados por requisitos de los actos procesales que funcionan como *garantía del cumplimiento de ese principio* ha sido reconocida por la Corte Suprema en "Clein s/recurso de hecho", en la causa "Francomano s/inf. ley 20.840", 19/11/1987).

⁶⁵ Para que funcione esa garantía es irrelevante que la invalidez provenga de dolo, culpa o aun de la actividad diligente de algún funcionario. Es más, esos requisitos no son aplicables en provecho ya que servirán para medir la responsabilidad de quien realiza el acto inválido, pero no para calificar o responder a él. (En sentido contrario, o por lo menos utilizando esas categorías, ver Creus: op. cit., p. 49.)

⁶⁶ No es correcto a mi juicio considerar que son nulidades virtuales o implícitas (además de no considerar necesaria esa categoría). Cuando se contraviene la C.N. u otra legislación básica. Al contrario, en el caso constitucional, se trata de la invalidez más directa posible. En sentido opuesto, D'Albora para quien "son nulidades virtuales o implícitas aquellas en que el defecto, proviene de la pugna con una regulación no procesal específica: la C.N. un ordenamiento penal, civil, etc." (op. cit., p. 256).

⁶⁷ Esto ocurre con todas las instituciones procesales. Nos dice Calamandrei refiriéndose a la casación: "A la negación absoluta de la utilidad de toda investigación histórica en la materia, podría alguno objetar razonablemente que la casación, en su complejo organismo judicial procesal, no surgió de la nada en medio de la Asamblea Nacional, como nueva. Mi ver va saliendo a modo de la cabeza de Júpiter, y que, como consecuencia, los innovadores franceses, cuando instituyeron el tribunal de casa-

límites al poder de juzgar y encarcelar es antigua y se ha manifestado de diversas maneras. Por ejemplo, el juzgamiento por los pares de la Carta Magna, o la equiparación de armas en los duelos judiciales, las distintas formas de jurados, etc. Las formas reaparecen modificadas de la mano de la "indagación", modo específico de organización de la persecución penal. En los siglos XVIII y XIX, a la par del desarrollo del pensamiento liberal (Beccaria, Montesquieu, Filangieri, Pagano, luego Carrara, etc.) con los materiales del formalismo propio del sistema inquisitivo comienza a gestarse una nueva ingeniería institucional del proceso penal, orientada a la contención de la violencia y la arbitrariedad del poder penal, de la cual deriva lo que hoy, desde Ferrajoli, llamamos *sistema de garantías*. Por eso ese sistema de garantías tiene vínculos muy profundos con la idea de indagación (en términos actuales *proceso cognitivo*) y el papel de la verdad dentro del proceso penal. Todo el sistema de garantías tal como hoy lo concebimos ha sido pensado para que funcione dentro del marco del proceso de cognición y debe ser comprendido y desarrollado dentro de esa concreta forma del proceso. Todavía no se ha desarrollado un particular sistema de garantías para las otras funciones del proceso penal (el proceso como composición), entre otras cosas porque tampoco está totalmente claro cómo funcionan los principios procesales en el marco de un proceso cuya función principal sea concier-

ción con el oficio político que representaba en la historia del derecho una auténtica novedad, debieron acaso servirse, para dar las bases a su construcción, de elementos procesales y políticos ya elaborados por el antiguo régimen, y coordinan, para una nueva finalidad, viejos medios que se habían desarrollado y moderado durante siglos en la fusión de romanismo y germanismo que se había realizado en Francia en el período intermedio" (op. cit., p. 27). Esa misma perspectiva es válida para el conjunto de principios y garantías que construye el pensamiento jurídico de la Ilustración.

liar y pacificar a las partes, o hallar un punto de equilibrio entre intereses contrapuestos.

§ 35. De allí el vínculo estrecho entre la idea de verdad y el sistema de garantías, pero también el modo como se relaciona esa verdad con ese sistema: vínculo que no se explica por la idea de "meta del proceso" o por la simple afirmación de la necesidad de construir la verdad "histórica". *Formas procesales, verdad, proceso cognitivo, principios del proceso, sistema de garantías y límites al poder penal* son un conjunto de conceptos ligados entre sí en un nivel de fundamento. Quien no se sitúe en el universo conformado por esos conceptos y su relación mutua difícilmente pueda comprender el régimen de las nulidades en el proceso penal.

B. VERDAD Y SISTEMA DE GARANTÍAS. MACROESTRUCTURA Y MICROESTRUCTURA

§ 36. La función de las formas procesales tiene una de sus manifestaciones más claras en el modo como se relaciona la actividad procesal con la búsqueda de la verdad. En este punto es necesario realizar algunas precisiones, que también provienen del desarrollo histórico. Fue el propio sistema inquisitivo quien introdujo el problema de la verdad como un problema central del proceso penal. No porque antes los pueblos fueran "bárbaros" —tal como suele explicarse en muchos manuales que simplifican este punto—, sino porque eran distintas las formas de legitimación de las decisiones judiciales. Posiblemente para una comunidad en la Edad Media, impregnada de fe religiosa y de una visión del mundo atada a la providencia divina, el hecho de que un juez "razonara" su sentencia y explicara sus fundamentos

no hubiera producido mayor efecto ni hubiera generado confianza en la comunidad. Además el modelo dominante del proceso no era la indagación, sino las formas compositivas, ligadas a la lucha y arreglo de intereses. Descubrir la voluntad divina en los casos difíciles, el consenso de la comunidad, logrado a través de los jurados o de la aprobación en las asambleas populares, eran más creíbles (y por lo tanto más legítimas) que cualquier razonamiento judicial.⁶⁸ Hoy asistimos a un fenómeno similar ya que la legitimación de una decisión que se logra a través de los medios masivos de comunicación es mucho más efectiva que la precisión argumental de una pieza jurídica. De este modo no pretendo justificar esta última realidad, sino mostrar cómo no se puede explicar simplemente lo de antaño como "barbarismo" cuando la civilización mediática nos lleva nuevamente a otras formas de legitimación, siempre vinculadas a la confianza y la credibilidad, aunque la razón como condición de legitimidad, todavía ocupe un lugar privilegiado.

§ 37. En el siglo XVI se consolidan un conjunto de procesos que solemos llamar "Modernidad" y el nuevo sistema inquisitivo cambia la práctica judicial respecto de la verdad. Pese a que el proceso de reaparición de la "indagación" es lento y comienza unos siglos antes de la mano del derecho canónico y la recepción del derecho romano tardío (*corpus iuris civile*), la adopción que de estas prácticas judiciales hacen las monarquías absolutas del siglo XVI produce un salto cualitativo y cuantitativo que tendrá impacto hasta nuestros días. El abandono de las viejas prácticas judiciales y la crítica al sistema de "orda-

⁶⁸ Foucault: op. cit., muestra cómo y bajo qué condiciones reaparece la indagación (ver pp. 75 y ss.).

lias" sirve para una nueva "tecnificación" del sistema procesal, que ahora buscará legitimar sus decisiones sobre la base de la verdad de lo que se juzga. Desde entonces el procedimiento judicial no ha abandonado la idea de verdad como uno de sus ejes centrales de estructuración, aunque esta idea de verdad ha tenido —y tiene aún— muchos significados y se vincula con diversos problemas, muchos de los cuales todavía tensionan a todo el proceso penal. Por eso la verdad ha servido tanto para justificar los peores excesos del poder penal (la tortura sistemática) como para construir los límites que buscan prevenirlos. De allí que el sistema de garantías tenga un vínculo tan profundo con la idea de verdad en las prácticas judiciales.⁶⁹

§ 38. Cuando el proceso penal incorporó la idea de verdad consiguió un compañero de viaje tan interesante como molesto y conflictivo. En primer lugar, para la pobre tecnología judicial de los siglos pasados se generó un problema casi insoluble: ¿Cómo lograr esa verdad sin una gran capacidad operativa, cómo citar a los testigos, cómo reconstruir los hechos sin el auxilio de peritos, etc.? El sistema inquisitivo responde a este desafío con dos modalidades que aún existen y que pueden pervivir aún en los sistemas acusatorios formales (que pueden ser otra forma, no siempre más débil, de sistemas inquisiti-

⁶⁹ No interesa aquí, ni estoy en condiciones de hacerlo, de presentar el problema de la verdad. Ha sido y es todavía uno de los grandes temas de la filosofía occidental. Habermas, Apel y otros lo han puesto nuevamente en el tapete, con nuevos instrumentos conceptuales. En realidad no es necesario tomar posición en este debate para poder hablar de la verdad en el proceso. Ferrajoli recurre al concepto formal de Tarski porque es el que menos compromiso requiere y se adecua a su intento de formalizar al máximo una teoría del derecho y del proceso. Ver Apel, Karl Otto: *Teoría de la verdad y discurso práctico*, Paidós, 1991 y Simon, Josef: *La verdad como libertad. El desarrollo del problema de la verdad en la filosofía moderna*, Salamanca, 1983.

vos). En primer lugar, esa brecha “tecnológica” se pretende resolver entregando la indagación de la verdad a una sola persona, supuestamente más capacitada, supuestamente inmune a los intereses, imbuido de una alta moral y de una función casi o totalmente sacerdotal; en definitiva, alguien con un compromiso *personal con la verdad*. Así se consolida la figura del inquisidor, que pronto pasará a ser el INQUISIDOR, con las mayúsculas que señalan la ontologización de la función y la majestad del cargo. A partir de entonces el sistema inquisitivo se caracterizará por esta relación entre una persona en particular y la indagación de la verdad.⁷⁰

§ 39. El segundo modo de reacción fue mucho más nefasto y tan perdurable como el anterior. Si era necesario hallar la verdad nada mejor que buscar en el propio espíritu del imputado. ¿Quién podría conocer mejor la verdad de los hechos que el propio acusado? Esta pregunta abrió paso a la tortura y a la práctica de considerar al imputado como un objeto del cual era necesario extraer información. La confesión se convierte en la reina de las pruebas y la tortura es admitida legalmente, aunque se le establecen muchos límites y requisitos no siempre, cumplidos en la práctica. La idea del impu-

⁷⁰ Esta figura llega hasta el presente y produce “una acentuación, hasta los límites de la arbitrariedad, del poder de etiquetamiento y de inquisición del juez, que viene a configurarse según la ocasión como confesor, psicoanalista o terapeuta social, en todos los casos desvinculados de criterios rígidos y ciertos de calificación penal. Y el juicio penal, al igual que el ético o el estético, degenera en juicio ‘sin verdad’: no motivado por juicios de hechos, esto es, por aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor, no verificables o refutables porque por su naturaleza no son verdaderos ni falsos, no basado en procedimientos cognoscitivos al menos tendencialmente y, por ello, expuestos a controles objetivos y racionales, sino en decisiones potestativas; no realizado mediante reglas de juego —como la carga de la prueba y el derecho de defensa— que garanticen la ‘verdad procesal’, sino confiado a la sabiduría de los jueces y a la ‘verdad sustancial’ que ellos poseen” (Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón*, Trotta, p. 43).

tado como objeto de indagación y las distintas formas de extraerle información sin su voluntad ha sido el eje de la actividad de investigación hasta nuestros días y nada muestra que podamos desprendernos de esa práctica con facilidad. Quizás hayan cambiado —y no tanto!— algunas de las formas de tortura o ya no se utilicen métodos tan violentos, pero en gran medida la investigación busca todavía provocar una confesión y éste es un principio muy consolidado aun en los sistemas judiciales de los países centrales.⁷¹

§ 40. El proceso judicial preinquisitivo, de cuño romano-germánico, era netamente adversarial. Como ya señalé, la idea de verdad no jugaba en él un papel central, por un lado por las distintas formas de legitimación y por otro porque es comprendido básicamente como un *conflicto de intereses*. El molde formal de dicho conflicto era el combate, la confrontación, la defensa individual o colectiva de esos intereses y algún método para dirimir la disputa (la muerte o la derrota en el combate judicial, el consenso en las asambleas populares, la pacificación a través de la compensación o las ordalías como juicio de Dios). En este conflicto de intereses ningún sujeto tiene un compromiso personal especial con la verdad porque cada uno representa un interés y tampoco podemos

⁷¹ Desimoni y Tarantino (*La nulidad en el proceso criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 199) reproducen un fallo que parece una curiosidad histórica pero que por su sinceridad y estilo expresa con claridad lo que muchos piensan en realidad, dice así: “Esa historia de empleo de violencia para obtener la confesión es muy usada y ya no impresiona a nadie pero, como decía el magistrado preopinante, lo que importa no es saber el modo en cómo fue obtenida la confesión, sino lo que importa es saber si la confesión corresponde a la realidad” (TJSP, Cámaras Criminales Conjuntas, 1961). “Sin duda es un fallo que no refleja el estado de la jurisprudencia brasileña y menos aun de la doctrina. Es sólo llamativo ya que si bien fue dictado en épocas particulares, no son muy antiguas. Para la jurisprudencia reciente ver Pellegrini Grinover, Ada, op. cit., pp. 111 y ss.

pensar aun en la idea del juez árbitro como alguien que determina la verdad del caso, sino como quien puede conciliar intereses o determinar cuál es el que debe prevalecer, sin estar comprometido con ninguno de ellos. La imparcialidad no nace como una reacción ante la verdad, sino por la relación con los intereses en juego. Se trata no tanto de una virtud moral, sino de una estructura de actuación⁷² que confiere el poder de estar por encima del "vendaval de intereses", como todavía le ocurre a muchos jueces modernos.

§ 41. La gran crítica al sistema judicial inquisitivo que realizan los movimientos ilustrados de los siglos XVIII y XIX se dirige hacia los mecanismos que este sistema utilizó para resolver la tensión provocada por la incorporación de la idea de verdad, pero no hacia la incorporación y la centralidad de la misma. El sistema inquisitivo incorpora la idea de verdad no por una razón de virtud, sino por una cuestión de poder. La monarquía absoluta se construye en combate con el sistema feudal y sobre sus ruinas. Éste se caracterizaba por un complejo equilibrio de poderes e intereses que se sustentaba en la trama de contratos de vasallaje y servidumbre. El modelo compositivo también era un reflejo de ese delicado equilibrio de poderes. Introducir la idea de verdad era un mecanismo que permitía alterar ese equilibrio y atacar la trama legalista del feudalismo. Sólo tardíamente la burguesía se verá afectada por la misma monarquía absoluta que en gran medida

⁷² Es importante ver a la imparcialidad como una "estructura" y no como una calidad personal porque de ese modo se ve claro que existen "estructuras procesales" (v.gr., instrucción) en las que la idea de imparcialidad es inaplicable, por más que el juez sea objetivo, razonable e independiente. La imparcialidad forma y a la vez es tributaria de ciertas y precisas estructuras procesales, que quedan ocultas si se explica el proceso como una sucesión de actos.

también ayudó a construir como aliada en contra de los señores feudales (en muchas ocasiones el rey fue aliado de las ciudades y sus privilegios). La burguesía preparada para tomar el poder en el siglo XVIII se opondrá a la monarquía pero no piensa ya regresar al sistema feudal, sino todo lo contrario: asestarle su golpe final. Por supuesto que también se criticó la función política que los sistemas inquisitivos habían cumplido en el desarrollo de la monarquía absoluta, su consolidación y expansión. Es atacada la figura del inquisidor y de la tortura, pero no la idea misma de verdad en el proceso. Es quizás en este plano más profundo donde se produce la mixtura que dará origen a las formas procesales napoleónicas y también sus distorsiones. Los sistemas mixtos son más funcionales a las nuevas reglas, los nuevos sujetos y los nuevos intereses predominantes en la configuración de esta nueva etapa del Estado moderno.

§ 42. En primer lugar se pretende volver a las formas anteriores a la instauración del sistema inquisitivo y ello significaba volver hacia formas adversariales, pero no se admite volver directamente al sistema judicial basado en el conflicto de intereses. La propia ideología de la Ilustración y los principios de generalidad de la ley, voluntad popular, derechos naturales y la razón ordenadora de la vida política no se compadecían con un sistema de puras controversias de intereses y menos aún los intereses de la ahora poderosa burguesía que ya puede hablar en nombre de "todos". De este modo se adopta la *mecánica adversarial*, mas no el juego de intereses y a esa mecánica adversarial se la hace girar ahora sobre el concepto de verdad. Quien fue la principal perjudicada del alejamiento de los intereses en el proceso fue en realidad la víctima porque ya la práctica secular del sistema inquisitivo había desconocido los in-

tereses del imputado; a partir de ahora se sumará el desconocimiento de los intereses de la víctima, en el avance de la "estatalización" del proceso penal. Por esto, tras esta aparente "mixtura" se esconde, en realidad, una repotenciación del modelo inquisitivo, ya que desaparecen todos los intereses y el sistema judicial queda convertido en una pura práctica estatal y todos los intereses particulares englobados en la idea de "interés general". El "acusatorio formal" es el nuevo nombre del sistema inquisitivo que llega hasta nuestros días.

§ 43. Sin embargo, de este modo no se resolvía el problema principal ¿Cómo conseguir esa verdad tan esquiva, con tanta carencia de medios? ¿Cómo cumplir con un fin tan exigente, sin tener los medios adecuados para ello? Al subsistir este problema, subsistieron las viejas soluciones. El imputado siguió siendo considerado un objeto de indagación para extraerle la verdad que estaba "en su cabeza o en su espíritu" y el proceso se preocupa, antes que nada, en provocar por distintos medios, incluso mediante la vieja tortura, una confesión que aclarará definitivamente la verdad del caso. Para que esto pudiera seguir ocurriendo las formas procesales debían debilitar todo aquello que permitiera ingresar el juego de intereses y la actividad de las partes y fortalecer todo aquello que sirviera a estos viejos mecanismos. Así se proscribió la participación de la víctima, se centra el proceso en la etapa sumaria, típicamente inquisitorial, y se desluce el juicio oral, en especial limitando el verdadero debate.

§ 44. A esta altura de la exposición cabría preguntarse si finalmente la incorporación de la idea de verdad cumplió un papel importante y valioso o no lo hizo. Sin duda cumplió un papel relevante y en el

contexto de una sociedad racionalizada es casi imposible pensar en otras formas de legitimación de las decisiones judiciales. Además de ello, en la misma época de la Ilustración comienza a utilizarse la idea de verdad en el proceso con otras finalidades: *ahora ya no como el motor de la indagación, sino como un límite al poder penal del Estado*. Este pensamiento se entronca con la vieja tradición de limitar el poder penal de los reyes y logra fortalecer el desarrollo de las garantías judiciales hasta nuestros días. Además, esta idea, *mucho más que la mixtura de las formas procesales funda una nueva etapa dentro del desarrollo del proceso penal* y continúa siendo un tema central dentro de la doctrina del proceso penal. Como ha señalado Ferrajoli —quien ha tenido el gran mérito de volver a poner este tema en el centro de la discusión sobre el proceso penal—:

En el derecho penal, la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida la verdad precisamente en el sentido de "correspondencia" lo más aproximada posible de la motivación con las normas aplicadas y los hechos juzgados. Sólo si se refieren a la verdad como correspondencia, los criterios de la coherencia y de la aceptabilidad justificada pueden en realidad impedir la prevaricación punitiva contra el particular, de intereses o voluntades más o menos generales y vincular el juicio a la estricta legalidad, o sea, los hechos empíricos previamente denotados por la ley como punibles. Ciertamente, este esquema cognoscitivo de justificación de las decisiones es bastante más rígido y exigente que otros esquemas puramente decisionistas —moralistas, eficientistas o concensualistas— que también han sido teorizados y, más todavía, practicados en la historia del derecho penal; y con todo, sólo puede ser satisfecho de forma tendencial y



*siempre imperfecta. También es claro que su defensa refleja una opción política a favor de un modelo de derecho penal idóneo para limitar el arbitrio punitivo y para tutelar al máximo grado la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, lo que exige en el plano epistemológico y político es precisamente lo que el modelo penal garantista, acogido por las constituciones modernas, exige en el plano jurídico: que la legitimidad de las decisiones penales se condicione a la verdad empírica de sus motivaciones.*⁷³

§ 45. La república es el sistema político que tiene mayor preocupación por los límites del poder y por el desarrollo de políticas preventivas de la concentración de poder que, tarde o temprano, lleva al abuso. En el campo judicial ese abuso había sido la arbitrariedad de los jueces, el delito de opinión, la persecución política encubierta de formas judiciales, la discriminación y otras tantas prácticas que encubrían la verdad o la desecharan. Para juristas como Beccaria o luego Carrara la verdad aparece como un límite al Estado quien sólo puede castigar si descubre esa verdad, y si castiga "sin verdad" se convierte en un acto de tiranía. En la nueva función asignada a la verdad existe una clara y precisa opción política. Opción transparente y orgullosa. Esta voluntad de poner en evidencia las opiniones políticas del discurso jurídico se ha ido perdiendo y tanto el derecho penal como el derecho procesal penal suelen esconder esas opciones tras las fórmulas vacías, las visiones tecnocráticas o una apología de la legislación secundaria por fuera de las exigencias constitucionales y del Estado de derecho.

⁷³ Ferrajoli: op. cit., pp. 68 y 69.

§ 46. Ahora la verdad ya no será una búsqueda libre sino que el mismo concepto de verdad dará sustento a mecanismos limitadores de la indagación que, en muchas ocasiones, impedirán obtener esa verdad. A partir de entonces la verdad cumple una función dual dentro del proceso, por una parte es una meta de la indagación y, por lo tanto, un motor de la persecución penal y, por el otro, la verdad ya no será un fin absoluto y su búsqueda estará rodeada de límites.⁷⁴ El descubrimiento de que la verdad permitía construir límites más fuertes y precisos a la actividad del Estado es el gran aporte del pensamiento ilustrado, que da nacimiento a una nueva época para el derecho penal y el proceso penal. Las garantías penales, que establecen requisitos más estrictos acerca de lo que hay que averiguar y las garantías procesales que establecen mecanismos de comprobación estrictos fueron construidas alrededor del concepto de verdad, pero ahora desde una mirada política distinta.

§ 47. Ha sido el garantismo como doctrina⁷⁵ quien modernamente ha destacado con mayor claridad y con un instrumental teórico riguroso la existencia de estos procesos. Tras estas cuestiones que son problemas epistemológicos del proceso (es decir, las condiciones de construcción de la verdad en el

⁷⁴ "... así, pues, en una sociedad donde los conflictos deben ser zanjados, la búsqueda de la verdad no puede ser el único valor a tener en cuenta y, partiendo de ese principio, es importante que se garantice al juez una técnica de prueba que, aunque no esté siempre a resguardo de la crítica, le permite no obstante fundamentar su convicción. Verdad judicial filtrada por el molesto prisma de las opciones sociopolíticas del poder; verdad judicial deformada, incluso disfrazada por el juego de las ficciones y de las presunciones; ésta es la verdad que la policía va a administrar" (Janssens, Edward: "La verdad judicial y los límites de la acción pública", p. 75, Ponencia en el VII Curso Internacional de Policía", s/f.).

⁷⁵ En especial la obra de Ferrajoli respecto de la cual este ensayo es tributario de un modo evidente y explícito, le ha puesto un nuevo nivel de discusión teórica a un viejo problema del proceso penal.

proceso) se pueden identificar dos modelos distintos. El modelo inquisitivo en el que la indagación de la verdad es unilateral, carente de diálogo y donde se confía finalmente en la decisión de una sola persona. Estos modelos acompañan generalmente al decisionismo judicial, es decir, es la ley quien busca legitimarse como "verdadera" y la sentencia lo hace por su "utilidad". Esto no siempre está reconocido en los sistemas normativos —han existido épocas en que sí lo han estado— pero sí en el funcionamiento concreto de la justicia penal. Por el contrario, los sistemas acusatorios se basan en el debate y el diálogo, la discusión y la controversia es el método que permite indagar la verdad y se confía en este mecanismo antes que la clarividencia o virtud de una sola persona. Finalmente tras estos modelos epistemológicos del proceso podemos descubrir formas de organización más profundas vinculadas a los sistemas autoritarios, que confían en una persona o en algún grupo en particular para identificar el interés común o los sistemas democráticos en los que la controversia, la discusión, el debate son el mecanismo más confiable para hallar ese mismo interés común.

§ 48. Es bastante común que al analizar la función de las formas se piense básicamente en términos de protección de las garantías, pero luego no se siga con rigor esta línea de pensamiento, que obliga a pensar en las nulidades sólo como aquello que protege al imputado. El concepto de garantías no es aplicable a la defensa de los intereses de la víctima (derecho a la tutela judicial) y menos aun a la defensa de la actividad del Estado, es decir, del Ministerio Público. No existen derechos fundamentales (humanos) del Estado o de la sociedad en su conjunto.⁷⁶ Y

⁷⁶ Una visión distinta en Torres, Sergio Gabriel: *Nulidades en el proceso penal*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 28 y 29.

tampoco es función de las nulidades, en tanto protegen al imputado, conciliar los intereses de la sociedad y el imputado. Por eso es incorrecto señalar que el fin inmediato de la nulidades es el buen orden del proceso y el mediato de proteger los derechos de la sociedad y los del imputado.⁷⁷

§ 49. El sistema de garantías funciona sobre la base del binomio "verificable-verificación". Por eso, por un lado, se fijan condiciones rigurosas acerca de lo verificable, es decir, de aquello "sobre lo que es insoslayable decir verdad", aumentando los requisitos que se deben verificar (por ejemplo, que lo punible sea una acción legalmente prevista, descripta exhaustivamente, atribuible a una persona responsable de ella, lesiva a terceros, etc.) y por otro lado estableciendo requisitos que generen condiciones rigurosas para la verificación. El momento central de la verificación es el juicio, con sus características provenientes no sólo de las exigencias legales o principios políticos, sino de su anclaje en la estructura del conflicto. De allí nacen las líneas troncales de las garantías procesales vinculadas al principio de imparcialidad, de contradicción igualitaria y publicidad. El principio de *centralidad del juicio como momento de verificación* y sus bases estructurales constituyen la piedra angular de todo el sistema de garantías procesales. Todas ellas forman parte de una *teoría del juicio*, cuya función es explicar el funcionamiento de las garantías y favorecer su desarrollo. Establecer los requisitos verificables del acto punible (teoría del delito), fijar las condiciones de verificación (teoría del juicio) y regular el ingreso y utilización de la información (teoría de la prueba) constituyen el trípode conceptual del sistema de garantías y la

⁷⁷ Ídem, p. 32.



base de toda explicación del derecho penal y procesal penal.

§ 50. Estos principios de verificación que moldean al juicio penal y extienden sus efectos a todas las etapas del proceso, están garantizados porque existen formas que si son incumplidas le quitan efectos al acto en cuestión. Vincular un principio a una forma (un conjunto de requisitos legales o una secuencia prevista en la ley como indispensable) es una técnica específica de control del cumplimiento de esos principios de protección del imputado, desarrollada sobre la base de muchas de las características formales introducidas por el propio sistema inquisitivo. El hecho de que con un mismo material histórico (las formas procesales o el formalismo que se expresa en el principio de legalidad de las formas) se puedan cumplir funciones tan diversas, sumado al hecho de las funciones múltiples que las formas procesales aún cumplen (y cuyo análisis diferenciado hemos señalado como una idea central de este ensayo) suelen generar zonas grises que confunden a la doctrina y particularmente a la práctica. Por eso es tan importante insistir en la idea principal de este capítulo: existen principios propios del Estado de derecho y hoy plasmados con generosidad en todas las constituciones y pactos internacionales de derechos humanos que protegen a todo ciudadano que es sometido a un juicio desde el inicio de la preparación de éste hasta el final de los actos de control y ejecución de la decisión tomada en ese juicio. Para asegurar "garantizar" que esos principios serán respetados por los funcionarios, se crearon formas (requisitos legales, secuencias legales) de cumplimiento obligatorio. Pero el cumplimiento de esas formas no es de ninguna manera el fin, sino el medio para asegurar el cumplimiento de los principios. Tal es la

razón por la que hemos insistido que *en estricta consideración las formas son la garantía*. Cuando un acto de alguno de los funcionarios incumple esa forma, ese acto no produce efectos y llama la atención sobre la violación de un principio. Por eso también lo principal es la restauración del principio afectado y no el restablecimiento de la forma. Si ese principio no puede ser restaurado de inmediato, se busca una declaración clara de la inutilidad de ese acto. *Mediante este mecanismo se ha "garantizado" la vigencia del principio.*

§ 51. Por otra parte, las formas que garantizan esos principios no son simples conjuntos de requisitos formales, previstos en la ley. Ellas forman estructuras de sostenimiento de esos principios en distintos niveles. Todas ellas, por ejemplo, conforman esa estructura de verificación que hemos llamado "juicio" el que a su vez, por su centralidad, influye en toda la actividad procesal. El proceso cognoscitivo, en consecuencia, es una estructura general de garantía. A este nivel donde existe ésta y otras estructuras lo llamamos *macroestructura de garantías*. Esta macroestructura se conforma de actos con requisitos o secuencias obligatorias que operan *directamente* en cada caso.⁷⁸ En ambos niveles siempre existe la idea de un conjunto ordenado de requisitos legales o secuencias que también son estructuras de garantía, pero de otro nivel. A este segundo nivel lo llamamos *microestructura de garantías*. La función de esta pareja de conceptos es doble. Por un lado pone el acento en la política de protección como un todo y en el modo como se construye, evitando las

⁷⁸ Ello permite evaluar un modelo procesal, por ejemplo, desde los principios constitucionales o los pactos internacionales de derechos humanos.

interpretaciones aisladas de los principios y garantías. Por ejemplo, no es posible analizar el principio garantizado de imparcialidad, por fuerza de la macroestructura de garantías, ya que él conforma una relación dialéctica con otros principios, tales como el de contradicción, etc. En segundo lugar, es importante esta pareja de conceptos a la hora de reparar (sanear) la vigencia de los principios. Una visión aislada de los principios y las formas (una interpretación aislada de la microestructura, por ejemplo) puede llevar a un neoformalismo, tan ritual como el viejo ritualismo inquisitivo. Por otra parte, una explicación de la macroestructura de garantías (y la tendencia a confundir principios con garantías) sin anclaje en la consideración de las microestructuras que la conforman y son su esqueleto, puede llevar a una metafísica de los principios, que se *desentiende de su vigencia*, que es, en definitiva, la preocupación central que funda la idea misma de todas las garantías.

§ 52. Manzini señala que no toda irregularidad debe comportar una invalidez del acto. Ello significaría una visión demasiado rigurosa del proceso, innecesaria dada la actuación conjunta de otras garantías. Para ello son importante los conceptos de macro y microestructura de garantías. Las garantías actúan de un modo dinámico y puede ocurrir que el nivel de protección del caso no se vea alterado. Sin embargo, se debe ser muy cuidadoso a la hora de aplicar esta doctrina: ella debe servir para impedir una visión formalista de las nulidades que, en definitiva, le cause mayor perjuicio al imputado. "Las sanciones de nulidad —señala Manzini—⁷⁹ no son trampas tendidas a la buena fe del juez, del Ministerio Público y de las partes como quieren creer

⁷⁹ Manzini: op. cit., t. III, p. 102.

ciertos leguleyos de baja esfera." Este principio, elemental en su formulación, adquiere una especial significación en aquellos sistemas procesales que por su mala estructuración o por deficiencias en la práctica favorecen el litigio sobre las formas, esto es, el litigio indirecto que aprovecha y se vuelve parasitario de los vicios del sistema procesal. En los sistemas de cuño inquisitivo la mayor parte del litigio transcurre sobre las formas o utilizando el proceso como un laberinto que permite generar una estrategia paralela de negociación o, a veces, simplemente de extorsión. Nuevamente, Manzini⁸⁰ señala que la determinación legal expresa de los casos de nulidad fue una respuesta a los abusos provenientes de la equiparación de todo tipo de imperfección a la nulidad (según el aforismo "la imperfección y la nulidad se equiparan en derecho") pero si debemos juzgar ese intento a la luz de la experiencia acumulada en décadas de práctica "moderna" del derecho procesal, bien podemos concluir que poco se ha conseguido. Si el sistema procesal contiene los pliegues que permiten el ritualismo, siempre se impondrá el principio sencillo pero eficaz de utilizar todas las defensas posibles y no es justo reprocharle tal actitud al imputado que debe litigar contra el conjunto de aparatos de la persecución penal. Deber del Estado es organizar el proceso de modo que tales defensas indirectas y dilatorias no sean posibles y no debemos suplir ese deber elemental —tantas veces incumplido— con supuestas apelaciones morales que *induzcan la colaboración del defensor con el Estado persecutor*. Su deber elemental es defender a su asistido, jugando limpio, claro está, pero con todas las armas a su alcance.

⁸⁰ Manzini: op. cit., t. III, p. 105.



C. EL SENTIDO DEL RÉGIMEN PROBATORIO

§ 53. La función dual de la verdad que ya hemos destacado repercute, por una parte, sobre el conjunto de garantías, cuya consideración armónica llamamos "sistema de garantías"; por otra parte, repercute en el régimen probatorio, es decir, el conjunto de reglas procesales que regulan la forma como se recolecta información dentro del proceso. Este conjunto de reglas también forma parte del sistema de garantías y sirve de nexo entre sus dos dimensiones principales. Tal como hemos visto tres son los ejes del sistema de garantías. El primero establece los atributos del acto que debe ser juzgado; el segundo, las condiciones bajo las cuales debe ser juzgado, y el tercero fija los límites para la recolección y búsqueda de la información que nutrirá el proceso de verificación o proceso cognitivo (régimen de la prueba o legalidad de la prueba).

§ 54. Pero aquí debemos hacer una primera aclaración, casi obvia, pero que no suele ser tomada en cuenta lo suficiente. La verdad como meta de la indagación no necesita del régimen probatorio; para descubrir la verdad no necesitamos reglas procesales. Podremos necesitar reglas técnicas o estrategias de investigación; podremos utilizar con mayor conocimiento el conjunto de medios que la tecnología pone a nuestra disposición para recolectar información, pero no necesitamos reglas procesales. Al contrario, ellas obstaculizan, molestan y entorpecen la búsqueda de la verdad. El régimen de la prueba no está al servicio de la búsqueda de la verdad, sino que es un obstáculo para ella. Ya explicaré mejor este punto, pero aunque suene paradójico las reglas de

prueba, como ya lo señaló Vittorio Denti, *son sólo normas de garantía*.⁸¹

§ 55. Mucha confusión generaron y generan aún los códigos procesales de cuño inquisitivo que establecían muchas reglas prácticas para hallar la verdad. Esas reglas, que todavía desgraciadamente incluimos en las leyes modernas, son indicaciones al inquisidor, producto de la experiencia o de alguna técnica, pero no constituyen verdaderas reglas de prueba. *Las reglas de prueba, por el contrario, son límites a la búsqueda de la verdad* y como tal cumplen exclusivamente una función de garantía, es decir, protegen al ciudadano del eventual abuso de poder en la recolección de información.

§ 56. Una sucinta explicación del funcionamiento de la actividad probatoria en el proceso penal quizás aclare estas últimas afirmaciones y nos permita despejar el camino hacia nuestro problema principal: solemos hablar de los "hechos" dentro del proceso y ello tiene valor, pero también introduce algunas confusiones. Sin duda la existencia real o denunciada de un acontecimiento de la vida real ocurrido en el pasado siempre está presente en la actividad procesal, pero el "hecho" como tal no está presente sino a través de hipótesis de trabajo, reclamos, versiones, etc. Otra vez parece que estamos ante una afirmación obvia y quizás lo sea, pero si observamos con atención la práctica de los tribunales podremos encontrar que muchas veces parece que el "hecho" fuera algo real, algo que está con una presencia mágica escondido en las páginas del expediente. Esto ocurre, entre otras razones, por la confusión entre realidad y registro, propia de los siste-

⁸¹ Ver citas y desarrollo en Binder: "El relato del hecho y la regularidad del proceso", en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, pp. 15 y ss.

mas inquisitivos (*Quod non est in acta non est in mundo*) y nos impide analizar la actividad probatoria en términos de información.

§ 57. Todo lo que llega al proceso son relatos, versiones, información articulada. Datos que se encuentran en el mundo exterior o en la memoria de los sujetos que de un modo u otro intervienen en el litigio judicial y que se manifestará de un modo fragmentario, hasta que finalmente uno de esos sujetos, el juez, que ha sido investido del poder para construir con todos esos fragmentos una historia (una historia como relato) le asignará, potestativamente, el valor de verdad. Construir ese relato final con el conjunto de versiones fragmentadas es una de las tareas fundamentales del juez y uno de los contenidos esenciales del concepto de jurisdicción. Como ya señalé, los sistemas procesales pueden confiar exclusivamente en la claridad y virtud de ese sujeto (sistemas inquisitivos) o confiar en un método de confrontación, discusión, debate, etc. (sistemas acusatorios). Pero siempre la actividad será construir un relato final *asignarle valor de verdad por un acto de poder* y basándose en ese relato ordenar determinadas consecuencias jurídicas (v.gr., una condena de privación de libertad). Este proceso de construcción de un relato sobre la base de información, que surge de relatos fragmentarios no necesita por sí mismo de reglas: al contrario, cuanta mayor libertad existiera para recoger información supuestamente mayor capacidad existiría para construir ese relato final, que forma parte de la sentencia.

§ 58. La clave de este problema reside en lo que resalté del párrafo anterior: *el juez le asigna valor de verdad a un relato final por un acto de poder y nada podría cambiar esta circunstancia*. Por esta razón los

sistemas procesales han construido reglas de prueba: para que ese acto de poder del juez, que consiste en un *imperium* de gran fuerza (porque asignará valor de verdad a un conjunto de afirmaciones) tenga el menor margen posible para la arbitrariedad y el azar, es decir, tenga límites bien concretos. Todas las reglas de prueba constituyen ese conjunto de límites y por ello todas ellas cumplen una función de garantía. Quisiera repetir un concepto que debe quedar muy claro: para buscar información se necesitan habilidades, técnicas, conocimientos teóricos, talento natural, sagacidad y experiencia. Ello forma parte del conjunto de instrumentos que debe tener quien cumple una función de adquisición de información. En el caso de los sistemas acusatorios, por ejemplo, los fiscales y los defensores. Para adquirir información, para articular los relatos según sus propias hipótesis de trabajo para argumentar y contraargumentar y triunfar en el litigio convenciendo al juez deben elaborar estrategias de investigación (en base a la experiencia y el conocimiento del derecho penal que indica lo que hay que probar, por ejemplo), deben saber conservar esa información (ordenando, custodiando y asegurando objetos, por ejemplo), deben saber utilizar técnicas de inspección (en la escena del crimen en primer lugar), deben conocer el apoyo tecnológico al que pueden recurrir y deben saber preguntar a un perito, por ejemplo; en fin, el conjunto de habilidades y conocimiento que podríamos denominar en sentido amplio *técnicas de investigación y que deberían constituir una parte fundamental de la capacitación de quienes tienen esas tareas, en especial los fiscales*. Estas técnicas de investigación, que tampoco deben ser confundidas con la criminalística, que se ocupa de una parte del conjunto de técnicas de investigación pero no de otras áreas y



problemas, constituyen un saber diferente al requerido en técnica probatoria y de lo que se ocupa la teoría de la prueba.

§ 59. Delimitado así el campo, podemos decir con claridad que las reglas de prueba de un código procesal penal limitan la adquisición de información. Esto lo logran en distintos niveles. El primer nivel de limitación lo constituye la existencia misma de *medios de prueba*. Los sistemas procesales han agrupado las normas limitadoras en grupos vinculados a formas de adquisición de esa información. Este agrupamiento obedece en conjunto a la idea de límite ya que la información ingresará por esas vías de acceso y no por otras.⁸² Es verdad que los sistemas procesales suelen tener una norma genérica que permite utilizar medios de prueba, distintos de los previstos, pero los asimila a alguno de ellos y les extiende las formalidades del medio análogo. Esto significa que la información no puede ingresar al juicio por otras vías que las previstas legalmente. Esta norma es el producto de la experiencia histórica y de aquellas vías de acceso de información que el tiempo

⁸² Por eso es la solución correcta cuando la jurisprudencia dice: "La Constitución de Córdoba, en el art. 40 *in fine*, declara que carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia de su defensor —que no contradice el régimen de libertad probatoria vigente en el proceso penal, sino que sólo le proporciona un marco ético-jurídico—, será presupuesto indispensable para su utilización. Ello implica, en consecuencia, que el testimonio del policía en cuanto refiera a la declaración del imputado —prestada en esa sede— cumplida sin asistencia técnica llevará un dato probatorio obtenido en violación de dicha garantía y, por ello, carente de valor para el juez" (TS Córdoba, Sala Penal, 31/7/1987, "Morán, Rubén E., y otros"). Al contrario, demuestra no utilizar correctamente la idea de límites que constituyen los medios de prueba, el siguiente: "Los exámenes técnicos encomendados por la autoridad preventora a una persona idónea en la materia no pueden ser equiparados a los peritajes y, por consiguiente, no gozan de las garantías especiales... no siéndoles aplicables las disposiciones contenidas en el Libro II, Título III, Cap. V, Código Procesal Penal, por lo que no cabe declarar su nulidad..." (T.O.Crim. n° 3, 12/5/1993, causa n° 10, "Velázquez, Hernán J.").

ha seleccionado como más confiables. Así y todo la doctrina procesal y la jurisprudencia se preocupan especialmente de pulir las formalidades, de consolidar estos medios, de evitar su distorsión, etc. Por ejemplo, el ingreso de información al juicio, con el auxilio de un profesional que tiene conocimientos más profundos sobre un área determinada se ha consolidado como un método confiable, pero no por ello la doctrina y la jurisprudencia se desentienden de aumentar los requisitos, custodiar esa confiabilidad, observar si ellos no son distorsionados (por ejemplo cuando las pericias psiquiátricas se utilizan para provocar confesiones, o respecto del uso de hipnosis, etcétera).

§ 60. Pero este primer nivel de límites demostró no ser suficiente. Las posibilidades de distorsión y manipulación no fueron evitadas simplemente con su determinación legal. De este modo se construyen otros límites. Así en ciertos casos se necesitará autorización judicial expresa (por ejemplo en los allanamientos) o procedimientos con requisitos especiales (actas con mayores formalidades, testigos de actuación, etc.) u otras formas de imponer límites (horarios, personas que pueden realizar registros, etc.). Este segundo nivel de límites demuestra la desconfianza que existe en un Estado de derecho hacia la actividad de adquisición de información. Por razones históricas, por el concepto de dignidad humana y por la memoria de la arbitrariedad, se han ido construyendo límites de este tipo. Límites que serán más estrictos en tanto la actividad de adquisición de información se vaya acercando al imputado mismo o a sus lugares de vida íntima.

§ 61. Finalmente tendremos casos en los que la actividad de adquisición de información está prohi-

bida, ya sea por el objeto (por ejemplo, ciertas cuestiones vinculadas al estado civil, que no pueden ser probadas por testigos) o por los procedimientos (la tortura y las nuevas formas de intimación o violencia que se le asemejan —sicofármacos—). El juego armónico de estos tres niveles de limitación de la búsqueda de información constituyen la tarea principal de la teoría de la prueba y forman parte del área más dinámica del proceso penal. Aquí se construye y destruye el equilibrio entre las necesidades de persecución penal y las normas de garantía de un modo permanente. Aquí se encuentra una de las grandes tensiones del proceso penal, que se manifiesta en la jurisprudencia sobre ilicitud de la prueba, es decir, aquellos casos en que la actividad procesal debe ser anulada por violación de las formas legales y ello significa algo muy concreto: perder información que puede ser de vital importancia para la construcción de ese relato final. Pero en un Estado de derecho la búsqueda de información tiene estos límites y, con prudencia, se ha preferido sacrificar la verdad antes que facilitar el abuso de poder.⁸³

⁸³ La jurisprudencia, en general, ha aceptado el principio que impide sacar provecho de la ilicitud. Sin embargo, también se pueden encontrar fallos que buscan el modo de que el Estado no pierda la ventaja de la información pese a la invalidez procesal. La oscuridad de la doctrina de las nulidades ayuda a las *formas indirectas* de utilización de la ilicitud procesal. Sientan la buena doctrina estos fallos: "No puede aprovechar la justicia la ilegalidad que padece la actuación policial de lograr una declaración mediante apremios" (CFed. Mendoza, Sala E, 9/3/1989, "Provincia de Mendoza c/Fernández, Víctor H.", DJ, 1990-1-196; ED, 133-627. "Corresponde extender los efectos de la anulación del acta de secuestro a aquellos procesados no apelantes, pues el fuero superior de toda institución procesal o penal es la salvaguarda de los no culpables y la finalidad de toda hermenéutica jurídica impide de que a la ley, en ningún caso, por vía de razonamiento, un efecto contrario a la idea y al sentimiento primordial de justicia, que en caso alguno puede constituirse en beneficiaria de hechos ilícitos" (CFed. San Martín, 31/5/1991, "R. J. A.", LL, 1992-A-21; DJ, 1992-1-529). Pero también se han utilizado argumentos de todo tipo para no perder información. Por ejemplo: "No es nulo el proceso, si la declaración indagatoria se encuentra casi transcripta íntegramente en la prisión preventiva, agregada en fotocopia legalmente auten-

Muchas veces en la historia la justicia penal abusó en nombre de esa verdad, como para no recordarlo y prevenirlo. De allí la necesidad de prevenir el mal uso de la capacidad de búsqueda de la información y de fortalecer los límites que la memoria histórica y la experiencia han construido para evitar esos abusos.

§ 62. Por todo lo dicho también es importante señalar que los cambios en los procesos penales no son un simple cambio de rutinas judiciales —o no debería serlo— sino un cambio más profundo, que busca modificar la mecánica básica de la adquisición de información en el proceso, abandonando la confianza en el inquisidor para depositarla en la actividad dialogal de los sujetos del proceso y reconociendo que la verdad es un motor de toda la actividad de indagación, pero reconociendo también que, como finalmente ese valor de verdad será otorgado por un *acto de poder*,⁸⁴ entonces es necesario fortale-

ticada" (CNCrim. y Correc., Sala 1ª, 26/11/1992, "P., E. E. y otro", JA, 1992-III-98). "Careciendo los jueces de facultades legisferantes, las instrucciones dadas a los funcionarios policiales para el mejor ordenamiento de la prevención sumaria no poseen gravitación normativa a los fines del trámite procesal, que sólo debe ser gobernado por las reglas rituales pertinentes. En consecuencia, la declaración de nulidad de las actuaciones fundadas en la falta de acatamiento a aquellas instrucciones no encuentran apoyatura legal en nuestro ordenamiento jurídico e importa clara transgresión al C.P.P.N., art. 696" (CNCrim. y Correc., Sala 4ª, 22/12/1987, "T., F. G.", JA, 1988-III-síntesis). "No cabe construir una regla abstracta que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad, el consentimiento dado para una inspección o requisita domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad, sino que es preciso practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido" (CSJN, 1/12/1989, "R., H. H. y otros", LL, 1990-C-220; LLC, 1990-574).

⁸⁴ Las exigencias formadas de la sentencia garantizan que la decisión haya sido un producto deliberado y razonado de la prueba introducida al debate y que se funda en criterios legales. Todo ello realizado de un modo que pueda ser controlado. Por ello es inválida si no da respuesta a argumentos de la defensa (CPenal de Santa Fe, Sala I, Fallos 59:386), que el hecho justiciable esté descripto de un modo exhaustivo (TS Córdoba,



cer el conjunto de límites a la búsqueda de información que constituyen al régimen legal de la prueba, en uno de los tres basamentos que soportan el sistema de garantías, como un todo; un escudo protector integral y armónico, más allá de las clasificaciones de las reglas y normas (garantías penales, procesales o régimen de la prueba).

D. DEFECTOS FORMALES Y DEFECTOS SUSTANCIALES. LA NULIDAD POR LA NULIDAD MISMA

§ 63. La razón principal del desarrollo de los capítulos anteriores es la necesidad de llamar la atención sobre la importancia de analizar la dimensión sustancial del sistema de garantías que se expresa a través de las formas y no su dimensión externa, afincada en el puro formalismo o en la consideración superficial del quebrantamiento de ellas.⁸⁵ No deja de llamar la atención la poca consideración que

Sala Penal, 6/8/1986, "Agüero s/robo", *EJ*, 1986, 3, vol. 30), porque eso hace factible la apreciación de la congruencia (LL, 29-11-1996, fallo 94.913). Por supuesto la falta de la decisión (ED, 179-281, fallo 48.803) también afecta el principio de una sentencia racional y controlable el que se omita considerar prueba decisiva introducida al debate (SC Justicia Mendoza, Sala 2ª, 20/5/1991, *JA*, 1991-IV-183). No es clara la afectación al principio si falta alguna firma de un juez —siempre que haya participado en la deliberación— y menos aun la falta de firma del secretario. El simple incumplimiento formal no es relevante, sino como garantía del reconocimiento de la violación de un principio (en contra CSJN, *JA*, 1996-I-548; y D'Albora: op. cit., p. 720). También Creus: op. cit., p. 199.

⁸⁵ "Lo que debe ser combatido en esta materia, es el excesivo formalismo que sacrifica el objetivo mayor de la realización de la justicia en favor de solemnidades estériles o sin ningún sentido" (Pellegrini Grinover *et al.*: op. cit., p. 15. Ver Cruz Castro, Fernando: "La nulidad por la nulidad misma", en *Foro Judicial*, El Salvador, 1994, p. 2. "La nulidad no cumple, en estas circunstancias, ninguna utilidad. La tutela de las formas, como un valor autónomo, pierde sentido. La celeridad en el proceso, como valor constitucional fundamental, adquiere preeminencia frente a la tutela de las formas, como valor autónomo, aun en los casos en que se trate de una nulidad absoluta".

se le otorga a esta explicación a pesar de su obviedad. Pareciera que se presupone el conocimiento de la función de las formas o se asume que esa función no es problemática y por ende no necesita ser esclarecida.⁸⁶ Sin embargo ése es un punto problemático en sí mismo y tan frecuentemente soslayado en la doctrina como mal utilizado en la práctica y la jurisprudencia.. Como sostiene Fernando Cruz Castro,⁸⁷ la corriente ritualista frente al acto procesal defectuoso está diametralmente opuesta a la concepción funcional de la nulidad. Según esta última el objetivo del acto procesal y la función de la forma priman al momento de analizar el acto viciado por sobre la propia forma que esencialmente está subordinada a la idea de garantía. Es necesario estudiar la entidad de la irregularidad antes de apelar automáticamente a la nulidad de un acto. La forma y aun el proceso en sí mismo no son más que instrumentos para la vigencia de derechos y principios de defensa del ser humano que están garantizados por las formas.⁸⁸

§ 64. Sin embargo, la llamado "nulidad por la nulidad misma" se funda en una verdadera *ideología del ritualismo* cuyas raíces históricas ya hemos destacado. Ella no es únicamente una defensa hueca de las formas, sino la utilización de esas formas para el

⁸⁶ Por ejemplo, se suele asignar a las formas funciones superiores a las de garantía, fundadas en un difuso concepto de "debido proceso". Así: "...las formas procesales, además de garantizar el debido proceso, evitan la indefensión del enjuiciado" (CFed. Gral. Roca, Río Negro, "Hualguil", 15/5/1992, *JA*, 1994-III-140).

⁸⁷ Cruz Castro: op. cit.

⁸⁸ En sentido correcto: "La nulidad constituye una institución procesal que sólo debe ser aplicable, a pesar de que supone siempre un retroceso en la actividad procesal cumplida, cuando de esta última surge un perjuicio concreto para alguna de las partes imposible de subsanarse de otro modo; y, cuando tal solución se adopta en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia" (CNFed. Crim. y Correc., Sala 2ª, 9/10/1989, "S., L. C.", *JA*, 1990-II-síntesis).

cumplimiento de otras finalidades. Si no se advierte esto con claridad, puede parecer que la visión ritualista es equivocada pero inofensiva. Nada más alejado de la realidad. Como también hemos señalado, en los sistemas total o parcialmente escritos, de cuño inquisitivo, el poder está en el trámite. La defensa del ritual es la defensa de una forma determinada de poder, estructuralmente antagónica con una forma republicana de ejercicio del poder jurisdiccional. Nada menos inocente que la ideología del ritualismo que ha ocultado y avalado décadas de procesos penales violatorios de las constituciones y crueles para quienes caían en sus redes o pretendían una verdadera justicia a través de ellos.⁸⁹

§ 65. Pero también el sistema formalista de las nulidades cumple otras funciones que es necesario destacar. Él ha contribuido a consolidar un determinado tipo de selección de casos,⁹⁰ a estabilizar los sistemas procesales agobiados por la sobrecarga de trabajo, ha fortalecido todas las formas de disciplinamiento interno, ha sido un factor de debilitamiento de

⁸⁹ De hecho, al escribir estas páginas todavía nuestra Corte Suprema federal acepta como constitucional al proceso inquisitivo puro, tal como lo hizo a lo largo de nuestra historia institucional. Todas las sentencias dictadas en la provincia de Santa Fe sin juicio previo son ilegales y las prisiones dictadas por ellas, privaciones ilegítimas de libertad. El que todavía se admita esto, no se lo diga con toda claridad o no escandalice a la ciencia jurídica de nuestro foro. es una prueba de que la ideología del ritualismo está viva y aceptada. Además, la misma Corte repite de un modo rutinario su fórmula clásica: "Que esta Corte tiene dicho reiteradamente que en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 C.N., exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales" (Fallos, 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros). Sin embargo, nunca ha extraído las más simples consecuencias de la idea del juicio previo. Es la ideología del ritualismo instalada en el máximo nivel.

⁹⁰ Dice Fernando Cruz Castro: "El procedimentalismo también se convierte en una respuesta disfuncional del sistema judicial frente a la avalancha de casos. Es una especie de autodefensa ilegítima con la que los jueces y funcionarios judiciales le cierran al ciudadano las vías de acceso a la justicia (op. cit., p. 1).

la ley y también de la figura del juez y ha constituido la forma tradicional del litigio indirecto y curialesco que denunciaba Pagano. La sola enumeración de esas funciones es suficiente para mostrar la fuerza de la ideología del ritualismo, no sólo como visión degradada del proceso, sino como sustento de una cultura propia del sistema inquisitivo. Patrón de conducta de los funcionarios y cara visible del sistema judicial, el ritualismo y la defensa hueca de las formas y los trámites es la fisiología elemental del sistema inquisitivo, que todavía extiende sus efectos a lo largo y lo ancho de nuestro país. Los sistemas procesales, además de sus funciones propias, constituyen métodos de organización del trabajo, regulan la actividad de funcionarios y empleados, quienes a su vez crean, mantienen y modifican rutinas. Generalmente debajo del lenguaje duro, tosco, a veces austero de la legislación procesal, crece una abigarrada práctica que modifica o transforma el sentido de las formas y las rutinas procesales. Este doble "orden", o los múltiples órdenes que conforman la vida judicial, también giran alrededor de las formas; aun más estos órdenes inferiores de actividad procesal se caracterizan por un apego mayor al ritualismo y por su capacidad de reproducir y multiplicar las formas y trámites en base a otras finalidades, a veces propias de las organizaciones burocráticas del sistema judicial. De este modo, la ideología del formalismo le da sustento y a la vez se nutre de diversas dimensiones. El ritualismo es un monstruo de muchas cabezas y no siempre las más espantosas son las que se ven en la superficie de la legislación procesal.

§ 66. Como hemos dicho, una de las funciones más claras y eficaces del ritualismo ha sido estabilizar el funcionamiento selectivo de la justicia penal.

Es bien sabido que el sistema penal actúa en función de grandes desigualdades, que son el reflejo de muchas de las que existen en la misma sociedad. En especial el sistema penal ha reaccionado de un modo desigual según se trate de los ilícitos que cometen los sectores pobres o los cometidos por los grupos más ricos o poderosos. Esta afirmación que parece simplista es, en cambio, bien conocida por la teoría, la práctica cotidiana y la sabiduría popular, que ha construido todo un refranero con esa experiencia. Uno de los modos de sustentar esta selectividad ha sido la ideología ritualista, preocupada por la defensa del trámite y no los principios de defensa. Incluso *se han utilizado argumentos supuestamente favorables al imputado para construir soluciones desfavorables a él.* Esto ha sido evidente en el caso de la declaración del imputado. La doctrina está de acuerdo en la interpretación de las normas constitucionales según las cuales ese acto es la manifestación más eminente del derecho de defensa. Por lo tanto, las formas que regulan esa declaración son exclusivamente garantías del respeto a ese principio de defensa material (aunque todavía los sistemas procesales suelen ser impuros al reconocer esta garantía, ya que por ejemplo, fijan todavía un "momento obligatorio" para esa declaración, bajo la lógica de la "indagatoria", es decir, la búsqueda de información para ser utilizada como prueba). De este modo —y según lo que ya hemos explicado— la ruptura de las formas obliga a una acción positiva de restauración del principio (por eso ellas funcionan como garantías). Sin embargo, desde la ideología del ritualismo se ha utilizado ese quiebre formal para restaurar el "mero trámite", pero ello no de un modo inocente o neutral, sino para dar "una nueva oportunidad" a la interrogación, a la indagatoria como

actividad central del proceso.⁹¹ En los delitos comunes, en los que la confesión sigue ocupando un lugar central, la "nulidad por la nulidad misma" es un modo de asegurar el funcionamiento selectivo del sistema. La práctica, en mengua pero aún no abandonada totalmente, de retrotraer el proceso a etapas anteriores, supuestamente para "reparar" defectos formales de la declaración o de algún otro acto similar (defectos que, por otra parte, se podrían sanear fácilmente en el debate) cuando en realidad con esa "reparación" se le causa un grave perjuicio al imputado, que afecta mucho más profundamente su situación general y sus posibilidades de defensa.⁹² El

⁹¹ En el sentido correcto: "Declarada la nulidad de las actuaciones con fundamento en que el fiscal militar había solicitado la absolución, no cabe a la Corte sino absolver libremente al procesado, con fundamento en los principios de progresividad y preclusión que obedecen al imperativo de satisfacer una existencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal" (del voto en disidencia parcial de los Dres. Petracchi y Bacqué) (CSJN, 1/11/1988, "V., A. G.", JA, 1990-II-598). También dice Creus: "De ninguna manera puede admitirse el procedimiento de emplear la declaración de nulidad para solucionar la deficiencia de datos útiles para la solución de la causa" (op. cit., p. 69).

⁹² Asimismo ver la formulación de este principio en Maier, Julio B. J.: *De-recho procesal penal*, t. II-B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 437. Son correctos los fallos siguientes, aunque el hecho de que el imputado hubiera participado o no en el defecto es irrelevante: "Resultan ilegítimas las diligencias y resoluciones producidas tras la acusación por un hecho por el que no fue indagado el procesado, pero habiéndose cumplido las etapas esenciales del proceso, retrotraer las actuaciones a la instrucción para su correcta tramitación importaría quebrantar los principios de progresividad y preclusión, en desmedro de la seguridad jurídica y celeridad de los procesos y en desmedro del justiciable quien resulta ajeno al defecto nulificante" (CNFed. Crim. y Correc., Sala I, 10/8/1989, "N., A. R.", LL, 1990-B-458). "Corresponde la absolución del procesado y no la anulación del fallo o de lo obrado en consecuencia de actos inválidos, puesto que no puede volverse sobre actos correspondientes a otras instancias para salvar fallas del órgano jurisdiccional en desmedro del legítimo interés del justiciable de llegar, en un lapso razonable, a la conclusión de una situación que afecta a sus derechos individuales" (CNFed. Crim. y Correc., Sala II, 11/3/1987, "R. J. y otros", LL, 1987-E-247).

“equilibrio” del funcionamiento selectivo de la justicia penal presupone una distorsión del régimen de nulidades de tal modo que puedan coexistir una práctica inquisitiva “clásica” con la incorporación *formal* de muchos principios propios de una justicia republicana, admitidos en letra de molde pero que quedan *sin garantía*.

§ 67. Pero las funciones de la ideología del ritualismo no se agotan en esta contribución a la selectividad. También él actúa como un fuerte patrón de adaptación, al servicio del control interno de los jueces y los funcionarios judiciales.⁹³ Cuando decimos que en los sistemas procesales inquisitivos, “el trámite” es *un modo de ejercicio del poder*, esa afirmación no sólo hace referencia al ámbito externo sino también al ámbito interno de los sistemas judiciales, allí donde se juega el mantenimiento de las tradiciones que nutren la cultura jurídica. Ello actúa a través de diferentes mecanismos. En primer lugar, dentro de la cultura interna de los tribunales se establecen especiales ritos formales que giran alrededor del carácter “sagrado” del expediente. Las firmas, las “foliaturas”, el cuidado de la secuencia de las actas, las palabras estrictas y extrañas, etc., no son mero “formalismo”, tampoco son, en sentido estricto, “formas huecas”; al contrario, son fuertes patrones de adaptación que nutren la cultura inquisitiva. En segundo lugar, es bastante común utilizar la cantidad y calidad de las declaratorias de nulidad

⁹³ “La organización judicial no escapa a la presión que ejerce toda estructura burocrática para que los funcionarios sean metódicos, prudentes y disciplinados. Para lograr un funcionamiento eficaz cualquier organización burocrática debe alcanzar un alto grado de confiabilidad en su conducta, lo que significa, en último término, una rigurosa adhesión a las normas del procedimiento. Esta adhesión degenera, fácilmente, en una aplicación ritual, acritica y conservadora de las normas de procedimientos (ver Cruz Castro: op. cit. Ese trabajo contiene un excelente análisis del ritualismo. En todo momento nos hemos guiado por él).

como un criterio informal de evaluación: no porque sean manifestación del compromiso con la defensa de los principios constitucionales, sino porque son expresión de una inadecuada tramitación de la causa, de “no conocer el trámite”. Ello influye en la consideración profesional de los funcionarios y empleados y comienza a condicionarlos desde que ingresan a los tribunales. Este sencillo mecanismo ha sido uno de los que ha permitido la pervivencia de la ideología del ritualismo por tantos siglos y convierte a cada funcionario judicial en “custodio” del expediente. Por otra parte, de la mano de la práctica del disciplinamiento interno se ha configurado una función judicial determinada y una específica figura del juez. Todavía no se ha analizado con suficiente profundidad la relación que se ha establecido entre la figura del juez-burócrata y el trámite que lo constituye y a la vez él defiende. Esto es algo distinto, incluso, de la figura del juez-inquisidor, consustanciado con la idea de bien moral y su defensa. No se puede descartar que todavía exista en algunos casos esa figura, pero la gran mayoría de las veces se encuentra mediatizada (oculta, sostenida, alimentada, etc.) por la defensa ritual del trámite y la burocracia. Los sistemas actuales se explican mejor desde el juez-burócrata que desde el inquisidor.⁹⁴

⁹⁴ La ideología del ritualismo provoca una distorsión total del sentido del proceso. Es clara, por ejemplo, en el siguiente fallo: “Cuando el fallo es condenatorio, el derecho del procesado a ser conocido personalmente por el magistrado que lo va a juzgar, no puede ser realmente sustituido por el conocimiento del encausado durante el desarrollo del proceso, toda vez que el requerimiento del art. 41, Cód. Penal, no se agota con la simple inmediatez, sino que incluye un conocimiento de la persona del procesado como tal, y no como sujeto u objeto del proceso, para graduar la pena e imponerse, ‘en la medida requerida por cada caso’” (CNCrim. y Correc., Sala 1ª, 8/10/1987, “V., T. A.”, JA, 1988-III-312). Esta solución —sin duda correcta— es incomprensible en el marco del proceso escrito en la que se tomó. Donde la falta de intermediación es total y absoluta. Se acepta el juego de ficciones y se pierde toda capacidad crítica.

§ 68. Desde la ideología del ritualismo, como señala nuevamente Fernando Cruz,⁹⁵ se emplea la forma como un modo de asignación de legitimidad al proceso. Nada más alejado de la idea de garantía que deben cumplir las formas procesales. Contrariamente, la declaración de nulidad debe ser la *ratio final* en la defensa del debido proceso. Mientras éste se cumpla, las formas permanecen subordinadas a los principios porque sólo son garantías del cumplimiento de esos principios. El incumplimiento formal activa una decisión judicial basada en los principios y que busca repararlos desde ese criterio funcional. Por ejemplo, el incumplimiento formal en un acta de decomiso, no significa que de hecho el decomiso no haya existido, sino que advierte que el juez debe estar atento sobre la violación de principios que rigen la realización de ese acto y, en su caso, reparar la vigencia de esos principios o privar de efectos al acto. Siempre las violaciones formales son un llamado de atención para provocar una determinada actividad jurisdiccional. En este sentido *el incumplimiento formal es siempre un signo, no una realidad*. Por eso la declaración de nulidad responde siempre a un interés concreto y no es otra cosa que una respuesta ante un particular estado de indefensión o bien ante un acto viciado cuya reparación es imposible. Por tal razón siempre es posible organizar el proceso de tal manera que se concentren los momentos de reparación, ya sea antes del juicio relativo a los vicios que afectan los presupuestos procesales o durante el de-

⁹⁵ Op. cit., p. 2. "Los procesos interminables, las nulidades incomprensibles, la denegatoria de justicia, son problemas que no interesan, el juez se convierte en un burócrata que agudiza su ingenio para dictar resoluciones que prolongan el litigio, convirtiendo las formalidades en un pretexto para no definir el conflicto. La sobrevaloración de las formas y la nulidad por la nulidad es una manifestación ideológica con la que torpemente se pretende darle legitimidad al proceso penal.

bate respecto del fondo del hecho justiciable. La idea de sanción responde de un modo muy pobre a la función de las formas y al régimen de nulidad dentro del proceso penal. La actividad judicial que se desencadena a partir del signo de afectación de un principio (defectos formales) es antes que nada reparadora y sólo en último término sancionadora (si es que, en un sentido amplio, se entiende la idea de "sanción" como privación de efectos). Por eso la aplicación del concepto de sanción a la teoría de las nulidades más que errónea es poco productiva o confusa.

§ 69. En síntesis hemos visto, pues, que la llamada "nulidad por la nulidad misma" o "defensa ritual del proceso" no es una actividad "menor" o un simple mal funcionamiento de los sistemas judiciales. Al contrario es la expresión final de toda una estructura del proceso, de una concepción de la administración de justicia y de una cultura específica que hemos llamado "cultura inquisitiva". Pero además, la ideología del ritualismo ha moldeado incluso una forma del ejercicio de la abogacía, preocupada por desviar la atención de la actividad jurisdiccional del problema central hacia los incidentes, del conflicto primario y originario hacia el laberinto de las formas, mientras que la solución del caso se construya por fuera de los tribunales. Así ha crecido un litigio indirecto que multiplica los incidentes hasta la desesperación de la otra parte o de los mismos jueces, quienes a pesar de ello prohijan y alientan esta forma de litigio. Así el proceso se convierte en una guerra de desgaste y la postergación de todas las decisiones un su arma principal. Toda la teoría de las nulidades está impregnada de estas concepciones y, a su vez, las ha nutrido favoreciendo aún más ese litigio sobre las formas y no sobre el conflicto. Es tal la fuerza de la ideología del ritualismo y su arraigo en

las prácticas judiciales que no será fácil abandonarlo. Mucho más cuando constituye una estructura muy consolidada y al servicio de la debilidad de la ley y de los sistemas judiciales. Por ello, comenzar a poner en duda muchos de sus dogmas y "falsas verdades" es uno de los modos de desmontar el ejercicio del poder a través del trámite, para rescatar el poder verdaderamente jurisdiccional. Esa tarea es también parte de lo que se propone este ensayo y justifica este capítulo. En gran medida la teoría de las nulidades procesales ha estado al servicio de esa forma degradada de la actividad jurisdiccional y de la práctica de la abogacía.

E. RESPUESTAS A LOS ACTOS DEFECTUOSOS

1. De la reparación a la nulidad

§ 70. Una vez que hemos ligado las formas a los principios de protección del imputado, la importancia y la dificultad de los temas se modifica. Lo que era complejo aparece claro y viceversa. Los principios de protección del imputado conforman una estructura (macro) que luego se concreta en cada caso (micro). Las formas hacen ese "traslado" y por eso "garantizan" el cumplimiento de esos principios. Cuando una forma (requisitos o secuencias) es violada, se produce, como hemos dicho, un *aviso*, una advertencia sobre el peligro o la afectación de un principio (la teoría de la nulidad no le ha prestado atención a la diferencia entre el riesgo y la afectación. Ese tema se vincula con el saneamiento automático). De esa manera la forma garantiza no porque ella asegure el cumplimiento del principio, sino porque facilita su vigencia y genera las condiciones de advertencia que facilitan su reparación cuando

ha sido violado. No es algo muy distinto de lo que ocurre cuando un bien *garantiza* un crédito. Tanto en un caso como en el otro se necesitará alguna actuación que concrete esa reparación. Esa actividad necesaria es una de las dimensiones propias de la idea de jurisdicción en un Estado de derecho.

§ 71. Efectivamente, si construimos el concepto de jurisdicción desde las normas fundamentales y no desde algún tipo de concepto preconcebido, veremos con bastante claridad que en nuestro sistema constitucional es propia de la actividad del juez la decisión de la causa y la preservación de los principios de protección de las personas. Obviamente, esta segunda dimensión forma parte de la custodia de la Constitución que todo juez debe realizar en base a la supremacía de la Ley Fundamental. Ello obliga a un control del cumplimiento de esos principios durante todo el proceso. La idea de nulidad absoluta, a pesar de que sea conveniente su abandono, expresa ese compromiso y esa obligación de los jueces con la vigencia sin restricciones indebidas de los principios constitucionales de protección de las personas durante el proceso penal. Por lo expuesto, por *respuesta a los actos defectuosos* entendemos a la actividad propiamente jurisdicción de reparación del principio afectado, de reconocimiento de que la violación de una forma *no ha afectado un principio* (saneamiento automático, irrelevancia, etc.) o la declaración de que el acto en cuestión no puede producir efectos o queda interrumpida la secuencia necesaria, esto es, la *declaración de nulidad en sentido estricto*.

§ 72. De lo que hemos explicado pueden extraerse algunas consecuencias terminológicas. En primer lugar, no todo quebrantamiento de las formas genera un acto inválido, aunque siempre genera un

acto defectuoso. Pueden existir defectos formales que sean inocuos, es decir, que no hayan provocado ninguna afectación del principio garantizado. En segundo lugar, no todo acto inválido genera un acto nulo, ya que esa invalidez puede haberse reparado por sí misma (cuando el acto cumplió sus efectos del mismo modo, esto es lo que hemos llamado "falsa alarma") o el principio pudo ser saneado por la actividad jurisdiccional reparadora. Finalmente el concepto de acto nulo queda reservado estrictamente para aquellos actos inválidos que no han podido ser reparados. La nulidad es una solución final, la última respuesta, y por eso mismo no es conveniente seguir manteniendo los múltiples sentidos para la voz "nulidad", ya que eso genera confusiones en el sistema y tampoco se puede hacer girar la teoría de la actividad procesal defectuosa alrededor de la idea de nulidad. Al contrario, *el centro de una teoría de la actividad procesal defectuosa es el desarrollo de los modos de reparación o restauración de los principios constitucionales cuya vigencia está garantizada por las formas*. Frente al signo de un riesgo o afectación de un principio (quebrantamiento de las formas) nace una respuesta, esto es, una específica actividad jurisdiccional. Esa actividad tanto puede responder a un acto que ya ha ingresado al proceso pero de un modo inválido, como puede impedir que ese acto ingrese. Estas dos formas de respuesta no generan importantes diferencias en el tratamiento del tema, son sólo dos modalidades de respuesta casi obvias ya que carecería de sentido dejar ingresar algo que luego debe ser expulsado. Manzini agrupa las "sanciones procesales" en dos tipos, según afecten la actividad en potencia, impidiendo su ejercicio útil, o a la actividad ya ejercida, anulando sus efectos.⁹⁶

⁹⁶ Manzini: op. cit., t. III, p. 99. Se ha generado algún debate sobre la dife-

2. Tipos de respuestas al acto inválido

§ 73. Ya hemos señalado que existen distintos tipos de respuesta al acto inválido. La principal es aquella que busca reparar la vigencia del principio afectado. Los sistemas procesales suelen llamar a esta respuesta "saneamiento". Algunos otros sistemas utilizan indistintamente "saneamiento" o "subsanción" que etimológicamente se corresponden. También se ha utilizado la palabra subsanción para referirse a casos de convalidación, es decir, de absorción de la afectación del principio en base a otros principios superiores. Esta utilización genera confusiones. Lo más simple es utilizar la palabra *reparación* o *saneamiento*, para la actividad reparadora, *convalidación* para los casos en los que se absorbe el defecto y utilizar la palabra *nulidad* para la respuesta que priva de efectos al acto como reconocimiento de su *invalidez*. También es conveniente no utilizar la palabra nulidad para referirse al acto con defectos formales, como una situación de hecho. Para ello es más claro hablar de *acto defectuoso* o *inválido*. Recapitulando, cuando se viola una forma tenemos un acto defectuoso. Ese defecto, salvo que sea inocuo, produce un riesgo o una afectación a un principio constitucional garantizado. Los jueces advertidos por el defecto formal del riesgo o afectación del principio deben repararlo (al principio, no a la forma) esto es *sanearlo*. En algunos casos (pero como veremos nunca cuando se trata del sistema de garantías) la afectación del principio debe ser soslayada,

rencia entre admisibilidad y nulidad. Creo que provocado más por la necesidad de superar el formalismo y rigidez de algunas concepciones que por una verdadera dificultad del tema ya que finalmente todo gira alrededor del hecho de la incorporación al proceso (por eso para algunos la inadmisibilidad sería una "sanción previa"). El debate se puede leer en Creus: op. cit., pp. 115 y ss. quien afirma que sólo son inadmisibles los actos de las partes. Sin embargo, contraargumenta D'Albora: op. cit., p. 259.

como tributo a la vigencia de un principio mayor, éstos son los casos de *convalidación*. Cuando un acto no puede ser saneado o no se trata de un caso de convalidación entonces se debe *declarar su nulidad*. *Ella consiste en la privación de los efectos del acto o en el quiebre de una secuencia necesaria de actos procesales que se presuponen*. Esta respuesta es la última herramienta del sistema procesal que debe estar interesado antes que nada en restaurar la vigencia de los principios constitucionales afectados. El centro explicativo de la teoría de las nulidades en cuanto técnica de preservación de los principios protectores del imputado es, pues, el saneamiento o reparación.

2.1. El saneamiento

§ 74. Una de las manifestaciones claras de las confusiones que genera un intento de conceptualización unitario de todos los sistemas de nulidades es la que señala una posición única de la respuesta reparadora frente al quiebre de las formas. Ello sólo es así para el sistema de garantías y no para los quiebres formales vinculados a los otros principios, donde la convalidación jugará un papel importante. Cuando se trata de la protección de los principios constitucionales de resguardo de la dignidad humana la idea de reparación adquiere su plenitud. También adquiere su sentido más sencillo: lograr que el estado de cosas vuelva a la situación anterior de la violación del principio. La noción más básica de saneamiento consiste en el *restablecimiento de un principio constitucional (en sentido amplio) que ha sido lesionado por la actividad procesal defectuosa*. De ninguna manera sanear consiste en *restablecer la forma*.⁹⁷ Aquí puede existir un

⁹⁷ Ver, Cruz Castro: op. cit., p. 2: "El irremedio a las formas procesales, aunque sea una nulidad absoluta, debe subsanarse sin necesidad de

equivoco que ha hecho mucho daño: sanear no equivale a restablecer una forma, sino un principio. En muchas ocasiones el restablecimiento de la forma no sólo no significa restablecer el principio sino, todo lo contrario, vuelve a configurar una nueva violación del principio o el agravamiento de la situación inicial.

§ 75. Éste es el fundamento de un concepto central para comprender el sistema de nulidades que protege los principios de defensa del imputado. Muchas nuevas legislaciones procesales ya la han incorporado, en particular desde la aparición de esa norma en el Código Modelo para Iberoamérica. Este principio dice así: *No se debe construir una solución desfavorable para el imputado utilizando argumentos de restauración del sistema de garantías que lo protege*. Una de las manifestaciones más claras de este principio ha sido cuando se retrotrae el proceso hacia etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, utilizando como argumento o excusa que se han violado formas previstas para protegerlo (por ejemplo, requisitos de su declaración).⁹⁸

anular actos anteriores o conexos, excepto que se hayan conculcado las garantías fundamentales de la defensa. La nulidad es el último recurso que debe utilizarse para corregir los yerros en el procedimiento".

⁹⁸ Son ejemplos de fallos que no recurren al eje central del saneamiento y proceden en perjuicio al imputado, bajo pretexto de proteger los siguientes: "...entiendo que el procedimiento deviene nulo, a partir de la declaración indagatoria, al vulnerarse el derecho de defensa en juicio, por no permitírsele al acusado entrevistarse con su defensor de confianza, y al no notificársele de la celebración del acto. (...) Ahora bien, para que pueda optar por este derecho, que hace a la defensa en juicio, el imputado debe ser informado sobre tal posibilidad; de otro modo se estaría conculcándolo. (...) Habida cuenta de lo expuesto, y en atención a lo que dispone el art. 197 del Cód. Procesal Penal, considero que debe decretarse la nulidad del acto de la indagatoria, y todos los actos que son de consecuencia...". (T.O.Crim. n° 1, causa n° 168, 6/4/1993, "Servian Domínguez, A., s/robo simple"). "El imputado se negó a declarar en oportunidad de ser sometido a indagatoria por parte del tribunal instructor pero careció de la posibilidad de realizar la consulta previa con su defensor, garantizada por el art. 197, Cód. Procesal Penal. El tribunal resuelve de-



§ 76. Generalmente la reparación reclama algún grado importante de actividad judicial o de las partes. Pero no es necesaria una actividad que desencadene la reparación, por ejemplo, una instancia de parte. Siempre que se trate de la restauración de la vigencia de un principio constitucional la actividad judicial no está condicionada por ninguna actividad de la defensa, es decir, procede de oficio, tal como hoy lo reconocen muchas legislaciones procesales. Se ha utilizado el nombre de *nulidades absolutas* para señalar aquellos vicios formales que podían ser reparados por la actividad oficiosa del juez, en cualquier estado del proceso. Aquellas que no eran absolutas se convertían en *relativas*, más por una razón de armonía de los conceptos que por una verdadera necesidad de explicación.⁹⁹ Sin embargo es preferi-

clarar la nulidad de la indagatoria obrante a f. 38 y de lo actuado en su consecuencia, debiendo remitirse testimonios de las partes pertinentes del legajo a fin de que el tribunal instructor reproduzca los actos invalidados" (T.O.Crim. n° 2, 20/5/1993, "Colina Vega, Carlos"). Estos fallos son sólo ejemplos de muchos otros en los que la reparación del principio (v.gr., con la declaración del imputado en el debate serviría para restaurar lo afectado por las formas inválidas. Ver en Creus (op. cit., pp. 109 y 110) las opiniones al respecto de Bidart Campos: "No se pueden declarar nulidades que, contrariando las pautas de la Corte Suprema, impliquen retrogradar el proceso penal a etapas cerradas por la preclusión en detrimento del derecho del justiciable a una sentencia rápida y eficaz que resuelva definitivamente su situación". Creus relativiza el principio en caso de nulidades absolutas (op. cit., p. 110 *in fine*). Ver también, Torres: op. cit., p. 152. Es necesario aclarar lo que dice Cruz Castro: "La desmitificación de la indagatoria abre la posibilidad de que en muchas ocasiones, al decretarse la nulidad de ella no sea indispensable regresar a la etapa de instrucción, reponiendo tal acto durante el debate (...). Es en este marco procesal en donde los derechos del acusado adquieren la dimensión jurídica que merecen" (y que es el objeto de protección). Asimismo: "La irregularidad o yerro procesal que justifica una nulidad debe ocasionar un perjuicio real e irreparable a la vigencia de alguna de las garantías constitucionales del proceso. Por esta razón, las irregularidades en el contenido del requerimiento de elevación a juicio deben subsanarse en el debate, sin necesidad de ordenar el reenvío de la causa a la fase de instrucción". Ver Cruz Castro: op. cit., t. IV, 2, p. 2.

⁹⁹ No es bueno el ejemplo docente que trae D'Albora: "El vicio siempre es un virus; debe afectar al acto procesal; a veces resulta inocuo —mera irregularidad—, en otros resulta curable —nulidad relativa— y en otros es letal —nulidad absoluta—" (op. cit., p. 262). No es buena la semejanza

ble abandonar la dualidad de nulidades absolutas y relativas en el proceso ya que no aporta demasiada claridad y funda un falso paralelismo con los conceptos de nulidades absolutas y relativas de los actos jurídicos. Debe quedar claro que cuando se trata de quebrantamientos de forma que afectan los principios de protección del imputado ésta debe ser oficiosa por parte del juez porque es una de las dimensiones esenciales de la jurisdicción. El concepto de convalidación no juega aquí ningún papel, aun cuando el imputado hubiera contribuido de un modo determinante en la creación del vicio formal. Por eso, sólo debemos utilizar en esta teoría de las nulidades el binomio reparación-nulidad. No hace falta un concepto intermedio.

§ 77. Pero cuando hablamos de actividad oficiosa de reparación no quiere decir que no esté sujeta a reglas de razonabilidad. Aunque a veces se confunda, poder de oficio del juez no quiere decir poder omnimodo y menos aun arbitrario. El primer límite —y a la vez regla de razonabilidad— es el *propio interés del imputado*. La reparación su funda en el restablecimiento del interés del imputado y ello debe ser respetado, incluso en la interpretación que el imputado haga de su propio interés. Ello es importante a la hora de construir la solución reparadora (saneamiento). El juez debe siempre consultar el interés del imputado y su defensor. Si existe divergencia en la interpretación de ambos, habrá casos en los que prime la interpretación del defensor pero ello no es un problema propio del sistema de nulidades, sino de la relación entre autodefensa y defensa técnica. Distinta es la solución si al interés del imputado le convie-



porque la división entre nulidades absolutas y relativas (aun en la visión tradicional) no se relaciona con la posibilidad de reparación o saneamiento.

ne evitar el saneamiento o dejarlo subsistir. Aquí la solución puede ir en contra del interés concreto del imputado pero porque juegan otros principios: 1) que las garantías se han establecido para proteger al imputado, no para sacar una "ventaja" irregular dentro del proceso,¹⁰⁰ y 2) que el imputado no puede "obligar" al Estado a que realice una actividad procesal que contradice sus *condiciones de legitimidad*. Estas condiciones de legitimidad no conforman un sistema de nulidades diferente porque coinciden con la protección del imputado o de los otros sujetos, pero sí configuran un criterio de resolución de conflictos cuando el interés concreto del imputado prefiere la situación de irregularidad. En estos casos, la solución puede fundarse en la preservación de esas condiciones de legitimidad (es decir, un interés abstracto del imputado que puede ser contradictorio con su interés concreto) pero ello no quiere decir que se utilice un argumento de garantía para fundar una solución adversa al interés concreto del imputado protegido por esa garantía. Así no hay paternalismo, sino el resguardo de una necesidad política diferente, fundante de la legitimidad social del proceso penal (esta discusión está presente, por ejemplo, en el problema de la constitucionalidad del juicio abreviado).

§ 78. El segundo límite proviene de aquellos casos en los que puede existir quebrantamiento de las formas, pero no afectación del principio. Son los casos de *falsa alarma o de reparación automática*. Como el quebrantamiento de las formas es un llamado de atención acerca de la violación de algún principio, puede ocurrir que esa relación se rompa y la viola-

¹⁰⁰ "Se trata de la finalidad que la ley procesal en su tipificación asigna a los actos y no a las que las partes pretenden conseguir con ellos, más allá del tipo" (Creus: op. cit., p. 91).

ción de la forma no signifique la violación del principio.¹⁰¹ Ya sea porque el quebrantamiento formal es menor (simples errores materiales) o porque no se corresponde con lo que ocurrió (v.gr., la falta de firma de un acta, pero que no implica la ausencia de la persona cuya presencia era imprescindible, etc.) o porque una actividad subsiguiente reparó el daño o a pesar del incumplimiento formal no se afectó el principio. En estos casos si la actividad judicial pretende reparar la forma sin tomar nota de que no se ha producido la afectación de un principio caería en los vicios propios de la ideología del ritualismo, es decir, la nulidad por la nulidad misma. Pero estos casos no son casos de convalidación, sino de *falta de perjuicio o de reparación automática*.¹⁰² Las legislaciones procesales suelen adoptar estos principios aun cuando su ubicación sistemática suele ser confusa.¹⁰³

¹⁰¹ Creo, sin embargo, que es necesario hacer un uso muy restrictivo y prudente de estos conceptos. En especial, es necesario considerar el tipo y la intensidad de la invalidez. No parece atinado, por ejemplo, el siguiente fallo: "El principio de que el interés también regía respecto de las nulidades declarables de oficio, no puede interpretarse en el sentido de que, tratándose de una nulidad de esa clase, la nulidad puede declararse por la nulidad misma, sin consideración a sus efectos de la causa. Basta pensar que si bien la indagatoria lograda coercitivamente es nula en sí misma porque implica una violación de los arts. 18 de la C.N., y 10, provincial, su nulidad no podría anular la sentencia condenatoria que no la invocara en su fundamentación" (TS Córdoba, 26/12/1957, "Alaniz y otro", BJC, 1958, p. 415).

¹⁰² "Declarar la nulidad del acto por la nulidad misma sería un exceso ritual y es sabido que en materia de nulidades hay que tener un criterio restrictivo, siendo deber del tribunal la saneatoria del acto defectuoso, ya que no cualquier error material ha de conducir ineludiblemente a la nulidad, sino aquellos que afecten al derecho de defensa y la debida contradicción" (CPenal Rosario, Sala 2ª, 19/6/1990, "V., A. M.", JA, 1992-IV, síntesis).

¹⁰³ El cumplimiento de la finalidad del acto no constituye un caso de *convalidación* (subsanción, en terminología impropia) sino de *falta de agravio* o saneamiento automático (reparación por diversas circunstancias). Así lo reconoce Creus, a pesar de incluirlo en los casos de subsanción: "En verdad, los supuestos propios de cumplimiento de la finalidad del acto son aquellos en los que los defectos quedan convertidos —por imperio de circunstancias contemporáneas o posteriores a la realización que son



§ 79. Señala Manzini¹⁰⁴ "No se juega a las nulidades como a la gallinita ciega y el juez o cualquier otro que esté por incurrir en nulidad puede inmediatamente remediarlo, regularizando o renovando el acto dentro de los límites de tiempo". No existe un "derecho" a mantener el acto nulo, salvo cuando se pretende agravar la situación bajo el ropaje del saneamiento, es decir, un saneamiento "falso" o fraudulento que repone el acto pero no repara el daño. Fuera de estos casos nadie tiene derecho a la consolidación de una nulidad.¹⁰⁵

§ 80. En definitiva, una teoría de las nulidades vinculada al sistema de garantías puede prescindir del concepto de nulidades relativas y absolutas.¹⁰⁶ Constatado un quebrantamiento formal (garantía) que debilita un principio de protección judicial del imputado (perjuicio) existen dos respuestas: reparar la vigencia de esos principios (saneamiento) o privar de efectos a ese acto (nulidad). *Los conceptos fundamentales de esa teoría giran, en consecuencia, alrededor de: 1) las funciones de las formas procesales; 2) la diferenciación entre principios y garantías; 3) el quebrantamiento formal como alarma de violación de un*

demonstrativas del cumplimiento de la finalidad— en nuevas irregularidades sin trascendencia" (es decir, sin agravio o que se ha reformado por circunstancias posteriores) (ver op. cit., p. 90).

¹⁰⁴ Manzini: op. cit., t. III, p. 102.

¹⁰⁵ Manzini: op. cit., t. III, p. 103, nota 12.

¹⁰⁶ Como también puede prescindir del binomio "específico-taxativo" y "específicas-genéricas". Así lo reconoce Creus: "Desde el ángulo de la racionalidad utilitaria de la ley, una recorrida de las nulidades de carácter general junto a la consideración de la amplitud que han adquirido en la doctrina constitucional contemporánea los presupuestos de la garantía del debido proceso (defensa en juicio, juez material, etc.) torna muy dificultoso extraer del cotejo alguna hipótesis de nulidad general que no reconozca su origen en una violación de disposiciones constitucionales. Por consiguiente, emplear ahora esta última nota caracterizante para determinar, entre aquéllas, las que son absolutas, parecería no tener mayor sentido (op. cit., p. 64). También se busca una renovación conceptual en el ámbito del derecho privado (ver López Mesa: op. cit., p. 29).

principio, y 4) la respuesta reparadora o nulificadora de los efectos del acto. La analogía entre formas de los actos procesales y formas de los actos jurídicos, los conceptos de "tipo procesal", "sanción de nulidad" (bajo pena de nulidad), así como la confusión acerca de cuál es el principio general del régimen de nulidades vinculadas al sistema de garantías (mantenimiento en la legislación procesal del sistema cerrado, cuando él ya no constituye el régimen general), son ideas, confusiones o conceptos que este ensayo propone superar para lograr una simplificación de la teoría de las nulidades y un acercamiento de esa teoría a la finalidades político procesales que fundan la existencia de las formas procesales.

2.2. La convalidación

§ 81. Tal como hemos señalado, la idea de convalidación (o subsanación, según una terminología impropia de algunos códigos)¹⁰⁷ no cumple ninguna función en esta teoría de las nulidades.¹⁰⁸ Si enten-

¹⁰⁷ Creus utiliza la palabra "subsanación" en el sentido de convalidación y ya hemos señalado que la palabra subsanación es equivalente a saneamiento, y convalidación y saneamiento son conceptos opuestos. Se cita allí las normas procesales que contienen esa ambigüedad terminológica (op. cit., p. 80). Tampoco es utilizable el concepto de subsanación para referirse a los efectos de la cosa juzgada. Sin duda, existe intangibilidad de la absolución, pero ello ya está en otra esfera de fundamentación (en contra, Creus: op. cit., p. 81).

¹⁰⁸ No obstante es bastante común que se utilice el mecanismo de convalidación aun para afectaciones de principios de protección del imputado: "...a falta de norma expresa que imponga la notificación bajo pena de nulidad y sobre la base de reflexiones antes expuestas, debe ser rechazada la tesis referida a una eventual nulidad absoluta del acta de indagatoria de fs. 20/22 —art. 166, C.P.P.N.—. A lo sumo, y para el caso de interpretarse que la presencia del defensor a la audiencia de indagatoria es obligatoria, entiende que cobraría virtualidad el art. 167, inc. 3º, Código de rito y la nulidad sería sólo de carácter relativo. De modo que, al no haberse opuesto la nulidad en tiempo oportuno, considera que de conformidad con lo dispuesto en el art. 170 del C.P.P.N., la posibilidad de su planteo ha caducado, sin que pueda ahora invocarse como causal de casación ya que no hubo ni reclamo oportuno ni protesta de recurrir en casación (conf. art. 465, inc. 2º, C.P.P.N.)..." (causa n° 76, CNCasa-

demos por convalidación la absorción del perjuicio causado a los principios en razón de un interés superior, es claro que no puede cumplir función alguna en la teoría de las nulidades vinculada al sistema de garantías. Los casos que a veces son señalados como casos de convalidación, tales como el cumplimiento de las finalidades sustanciadas del acto (saneamiento automático) o los simples errores (falsa alarma, falta de perjuicio) ya hemos visto que se pueden explicar dentro de la figura del saneamiento. Por lo tanto, es posible abandonar este concepto para esta teoría, sin perjuicio de que él cumpla funciones importantes en los otros regímenes de nulidades, en especial el que se vincula a la tutela judicial de la víctima. Como señala Ada Pellegrini¹⁰⁹ la forma más común se da con la preclusión. Este instituto nace —nos dice la autora— de la propia idea del proceso, que siempre marcha hacia “adelante”. Pero también se vuelve claro que ese concepto es inaplicable para el imputado ya que el proceso “corre” hacia el juicio, como momento central y en el que el imputado debe tener el mayor nivel de facultades y defensas (en sentido pleno). Distinto es para los otras partes, que en base a su actuación anterior pueden llegar al debate con las facultades e instrumentos menguados, entre otras razones por la preclusión.¹¹⁰

ción Penal, Sala III, “Álvarez, Domingo Vicente, s/recurso de casación”). Ya hemos explicado que no se sostiene aquí alguna otra versión del formalismo, sólo que benévola para el imputado. Lo que sostenemos es que el modo de análisis es diferente y muchos de los casos en los que se usa la idea de convalidación son en realidad de reparación automática o falta de perjuicio. En la convalidación siempre existe un daño al principio que se absorbe para salvar otros principios superiores.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 28.

¹¹⁰ En sentido contrario, “resulta extemporáneo e inoficioso el planteo de nulidad del procedimiento llevado a cabo sin orden judicial de allanamiento, luego de haberse evacuado la defensa sin observación al respecto, resultando por ello subsanado el vicio en los términos del art. 513 del Cód. de

§ 82. Tampoco constituye un caso de convalidación cuando se anula un acto, aun en contra del interés concreto del imputado. Es todo lo contrario, allí se hace valer las condiciones de legitimidad que provienen del trato respetuoso a la persona sometida al proceso. Ello lo expresan con claridad las normas procesales: “El imputado podrá impugnar, aunque hubiere contribuido a provocar el defecto (...) cuando se trate de defectos que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la ley fundamental y por los tratados suscriptos por el Estado”.¹¹¹ Esto implica que ni el consentimiento expreso del imputado ni el mero transcurso del tiempo, y mucho menos aun el consentimiento tácito, pueden provocar que el daño al escudo protector del imputado pueda ser dejado de lado.¹¹² Tampoco se

Proced. en Materia Penal” (CNPenal Económico, Sala I, 28/12/1989, “V., H. A.”, LL, 1990-E-41). “Las nulidades por defectos o vicios de procedimiento en materia criminal quedan subsanadas siempre que no se reclame su reparación en la misma instancia en que se han producido” (CNCrim. y Correc., Sala 5ª, 19/11/191, “G., J. H.”, JA, 1992-III-síntesis). Realiza afirmaciones supuestamente válidas para todos los sujetos, al siguiente fallo, claramente instalado en teoría unitaria de las nulidades: “El régimen de nulidades de nuestras normas de procedimiento funciona como un recurso extremo para purgar vicios que no es posible rectificar por otros medios. Salvo que esté comprometido el orden público, las nulidades serán remediadas por el silencio de las partes que tengan derecho a incoarle, por lo que deberá sentarse primeramente si esa omisión reprochada por el querellado es una nulidad genérica —art. 162, Cód. Proc. Penal Santa Fe— y en caso de no ser así si el peticionante tuvo oportunidades de plantearla antes de que el vicio produjere sus efectos” (CPenal Santa Fe, Sala 1ª, 4/12/1989, “S. de R., S. c. C., R. s/querrela por injurias”, Zeus, t. 56, J-160. Incluso en el derecho privado, señala López Mesa (op. cit., p. 336) se “viene prediciendo “una declinación de la idea equivocada de que toda nulidad procesal es siempre relativa y convalidable”.

¹¹¹ Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, arts. 225 y 227.

¹¹² Asumir esta posición vuelve inapropiada la dualidad nulidad absoluta y relativa que constituye uno de los pilares de una doctrina unitaria de las nulidades y también una de las principales fuentes de confusiones y contradicciones, ya que además tiene significados diferentes en el ámbito del proceso civil y en los negocios jurídicos. En el ámbito del sistema de garantías no hay “nulidades relativas” y ya vimos cómo diversos casos se resuelven mediante otros mecanismos. En los otros ámbitos de invalidez la idea de convalidación, no necesita una clasificación previa

debe confundir con casos de convalidación las situaciones en las que la reparación se produce construyendo nuevos o distintos equilibrios de principios. Lo que se debe reparar son los principios, que forman microestructuras. Puede ocurrir que un defecto formal no sea saneado porque la reparación del principio ya no necesita el restablecimiento de la forma ya violada. Por ejemplo, los incumplimientos formales en una declaración que alertan sobre la violación del principio de defensa no deben ser reparados necesariamente restableciendo las formas de la declaración anterior, sino provocando una nueva, en mejor situación. Eso es subsanar y nada tiene que ver con la convalidación.

2.3. La nulidad

§ 83. No suele existir demasiado problema a la hora de definir lo que es la nulificación de un acto. Se entiende que el acto realizado de un modo irregular no produce ningún efecto o, por lo menos, no produce los efectos propios para los cuales se intentó realizarlo. Así se obtiene una noción simple y precisa de la nulidad: la pérdida de los efectos propios de un acto procesal por su realización defectuosa, es decir, violando las prescripciones legales que regulaban su forma de producción. Pareciera que un concepto simple como éste no debería generar problemas y menos aun una teorización intrincada. Sin embargo así ha sucedido,¹¹³ y la ambigüedad del con-

de las nulidades (ver, en general en sentido contrario: Creus: op. cit., pp. 51 y ss.; Desimoni - Tarantino: op. cit., pp. 27 y ss., Torres: op. cit., p. 57; D'Albora: op. cit. pp. 270 y ss.). Pero, en general también, se la utiliza a esta clasificación sin mayor crítica ni profundidad, sino como algo indiscutible y no problemático.

¹¹³ Una complicación adicional surge de la creación y difusión de la categoría de inexistencia a la par de la nulidad. El libro de López Mesa ya citado tiene por objeto, antes que nada, el estudio de la categoría de inexisten-

cepto de nulidad ha sido una fuente continua de confesiones, vaguedades y complicaciones innecesarias.

§ 84. En primer lugar debemos insistir en la superación de la ambigüedad más clara. No es conveniente utilizar la misma palabra para describir el hecho de la violación de las formas y la afectación de los principios de un acto (acto inválido) que para referirnos a la decisión judicial de privarlo de sus efectos cuando la reparación es imposible o indeseable. A la primera situación podemos llamarla sin problema *acto inválido* y describe una situación de hecho,

cia, así que es un punto de referencia para el estado de la cuestión. No es el objeto de este ensayo ese tema, pero no puedo soslayar alguna opinión. En el ámbito del proceso nulidad e inexistencia pueden equipararse. En especial si no se construyen categorías que luego se necesita abandonar. López Mesa, para criticarla, trae la opinión de De los Mozos: "La distinción entre nulidad e inexistencia nació en el siglo pasado de una simple cuestión de palabras, al parecer vinculada a un respeto necesario por un viejo aforismo jurídico, *pas de nullité sans tête* (op. cit., p. 55). López Mesa, reconoce que el origen puede haber tenido alguna relación con el carácter rígido del sistema de nulidades, pero pronto la categoría de la inexistencia superó ese origen. Creus considera que en el proceso penal la categoría de inexistencia es imprescindible (op. cit., pp. 12 y 125 y ss.) y el eje de la importancia estaría en que permite superar el límite de la cosa juzgada. Creo, al contrario, que por lo menos desde la perspectiva de este trabajo, el concepto de inexistencia no cumple ninguna función en el proceso penal y menos aún si se lo pretende utilizar para no respetar el principio de cosa juzgada en perjuicio del imputado (en caso inverso el concepto de nulidad es suficiente). Una vez que se asume que ambos son *conceptos jurídicos* (es decir, que no hablamos de inexistencia en sentido ontológico) sólo se trata de *definir un determinado nivel de privación de efectos* y no se ve la necesidad de usar dos conceptos cuando la nulidad es la privación de todos los efectos. La segunda línea argumental que analiza las condiciones de invalidez (no la privación de efectos), tampoco es consecuente, salvo que se realicen juegos de palabras. Si a raíz de una sentencia a la que le faltan todas las firmas quieren llevar a alguien a la cárcel, esa sentencia es nula y no produce ningún efecto (la discusión acerca de los alcances de los efectos en otras dimensiones —v. gr., para una sanción disciplinaria— es similar así se trate de actos nulos o inexistentes). Carece de sentido discutir sobre su "existencia" si alguien puede ir preso por ello. Si se trata de discutir acerca de una "no-sentencia", entonces pueden ingresar a la discusión un jamón, un gato o una represa. La renovación conceptual que requiere el régimen de nulidad en el proceso penal no necesita del concepto de inexistencia. Como enseñaba Calamandrei (op. cit., Cap. I) en el derecho romano, nulidad e inexistencia son lo mismo y a esa simplicidad se debe volver.

producto de la actividad procesal defectuosa. A la segunda situación la podemos llamar *acto nulo*, y consiste en una calificación judicial del acto, privándolo de efectos luego de que se ha vuelto imposible su saneamiento.¹¹⁴ Esto no sólo tiene importancia para simplificar la explicación (lo que ya es suficientemente importante) sino que influye sobre la práctica de la *declaración de nulidad a la que se le suele dar una autonomía impropia*.¹¹⁵ Como actividades judiciales las determinantes son el saneamiento (respuesta principal) o la nulidad (respuesta secundaria). En uno u otro caso siempre es necesaria una actividad de identificación del acto inválido, pero no es necesaria una declaración autónoma de esa invalidez, por fuera de las respuestas que se le da a esos defectos. Se identifica al acto inválido como antecedente de una resolución saneadora o de un acto nulificador, pero en todo caso la declaración de invalidez nunca es autónoma de la respuesta a esa invalidez, que podrá tener mayor o menor entidad, es decir, ir desde la simple falta de valoración a la invalidación de una cadena de actos procesales.

§ 85. Como ya hemos señalado la respuesta nulificadora tiene diversos grados. El primer escalón es simple: se trata de no tomar en cuenta la informa-

¹¹⁴ En el ámbito del proceso penal no es útil la diferenciación entre actos nulos y anulables ya que siempre se requerirá de una decisión judicial en el marco de una actividad institucionalizada. En el derecho privado esa distinción se necesita porque se trata de un derecho gestionado por los particulares y en un ámbito no institucional (salvo cuando aparece el litigio) y esa distinción es importante para calificar la conducta de las partes respecto del negocio jurídico en cuestión (en igual sentido, con otros argumentos, Creus: op. cit., p. 19).

¹¹⁵ "La regulación autónoma del recurso de nulidad ha cedido en los elencos legislativos, considerándolo implícito en el de la apelación" (op. cit., p. 205). Para ordenar la actividad recursiva en el proceso es importante simplificar los *medios de impugnación*, la nulidad es objeto de ellos pero no debe constituir (ni confundirse) en un medio de impugnación autónomo.

ción que ese acto conlleva, como si no se hubiera realizado. Esto no se refiere sólo al régimen de la prueba; sino a todo acto procesal ya que ellos producen siempre algún tipo de información en sentido amplio. La declaración de invalidez hace nacer para el juez el deber de no valorar, de ningún modo, directo o indirecto, la información de este acto. Si un acto es complejo, el juez debe analizar con precisión los alcances de la invalidez ya que ésta puede ser parcial o total. Por ejemplo, en un interrogatorio de un testigo o en un examen pericial sólo una parte de ese acto puede ser inválido y por lo tanto no se deberá valorar únicamente la información alcanzada por esa invalidez. Por tal razón, dentro de las actividades propias de la valoración de la prueba se encuentra este análisis de la legalidad de los actos, que será determinante y previo del análisis lógico o de pertinencia.

§ 86. No siempre se admite la radicalidad de la pérdida de efectos que produce la declaración de invalidez.¹¹⁶ Torres, por ejemplo, señala que la exclu-

¹¹⁶ Creus le llama a esto "valor procesal subsidiario" pero tras la calificación está el problema de no querer admitir el costo de la pérdida de información o la divergencia entre principio y garantía. El mismo Creus lo ejemplifica en el caso de la *denuncia inválida* que no obstante su invalidez produce el efecto de transmitir la noticia del hecho (dicho sea de paso, ésa es la finalidad central de la denuncia por lo que no se entiende cuál será la "privación" de efectos propios de su nulidad). Se observa más claramente aun en el fallo que transcribe el autor citado: "el hecho de que la autoridad interviniente en el proceso haya cometido algún ilícito en su formación o en su secuencia en cuanto el mismo ilícito no implique la violación de garantías constitucionales (por ejemplo, obligar a alguien a declarar mediante apremios), no puede arrastrar la nulidad del proceso y con ello la impunidad del delito o falta, cometido por el justiciable, salvo en el caso en que se precisen actos formales para abrir los procedimientos" (CPenal Santa Fe, Sala I, Fallos 56:119). Ni esta doctrina ni la jurisprudencia son admisibles si se quiere sostener que las formas de la denuncia garantizan principios de protección al imputado. (Ver Creus: op. cit., p. 98.) También D'Albora (op. cit., p. 278). No es admisible hablar de "conversión del acto" ya que ello abre puertas difíciles de cerrar. En contra el fallo citado por Desimoni-Tarantino, op. cit., p. 145 y Torres, op. cit., pp. 137 y ss.

sión de un acto procesal inválido no es física, "ya que una indagatoria nula no se 'saca' del expediente, sino solamente jurídica, ya que lo que pierde son sus efectos".¹¹⁷ De este modo nada impide leer nuevamente la declaración y dejarse influenciar por ella. ¿Qué es lo que impide que una declaración indagatoria nula sea destruida o devuelta al imputado? Sólo una visión sacramental del expediente que, en el fondo, le asigna algún efecto a toda acta que lo forme, haya sido declarada inválida o no lo haya sido. Una concepción clara de la pérdida de efectos debe llevar a la destrucción física de aquello que no debe servir para nada. Sin embargo, de un modo llamativo la jurisprudencia, influenciada por la ideología del ritualismo, no se ha atrevido todavía a reconocer la necesidad de destruir esos documentos ilícitos, como el modo más claro y preciso de evitar que produzcan efectos. Es de esperar que lo haga en el futuro en la medida que vaya perdiendo el apego sacramental al expediente y sus actos.

§ 87. Pero los actos forman también secuencias y esas secuencias tienen un encadenamiento que forma parte de la idea misma de garantía. Por ejemplo, la oportunidad de la declaración del imputado previa al dictado de la prisión preventiva o de la acusación. Aquí la regla general del saneamiento y la excepción de la nulificación no sufren alteraciones. Se trata de aplicar los principios generales. Cuando un encadenamiento de actos está alcanzado por la invalidez de alguno de los antecedentes, si se trata de la respuesta reparadora, esto es el saneamiento, se debe asumir la respuesta más amplia posible, es decir, se deben sanear todos los actos que puedan contener algún vicio. Si existen dudas, también se deben

¹¹⁷ Op. cit., p. 30.

extender los efectos saneadores a los actos dudosos. Ya hemos vistos que las garantías forman estructuras, no son mecanismos aislados y los principios conforman en conjunto un escudo protector del abuso de poder, que debe ser restaurado. En el análisis de la invalidez de secuencias cumple un papel el concepto de microestructuras de garantías, que ya explicamos.

§ 88. Más compleja es la respuesta cuando se trata de privar de efectos a la cadena de actos. Cuando se trata de un encadenamiento directo, de tal modo que el antecedente es una condición necesaria y suficiente del posterior, entonces la respuesta nulificadora debe alcanzar al acto consecuente. En caso de duda también debe resolverse de ese modo. Más compleja es la cuestión cuando se trata no de un encadenamiento previsto por las normas procesales (por ejemplo, las secuencias previstas en los códigos procesales) sino de cadenas que se producen *de hecho* porque un acto ha llevado a otro, sin que estuviera prevista esa cadena como tal. Esto ocurre generalmente en los medios de prueba.¹¹⁸

§ 89. Según concepciones restringidas, la invalidez de un acto de prueba no tiene por qué afectar a los otros que han sido consecuencia de hecho de la información recibida, aunque está tenga un origen ilícito. Cada acto debe responder de su propia ilicitud, sin perjuicio de que se castigue a los funcionarios que cometieron esa ilegalidad. Pero esta doctri-

¹¹⁸ La existencia de dos tipos de cadenas es señalada también por Creus (op. cit., p. 99), aunque estima que la diferencia se da porque en unos la secuencia es *ope legis* y en la otra debe declararse judicialmente. Sin embargo, siempre en el proceso formal la nulidad exige una declaración judicial que se compone del *reconocimiento* de la invalidez (supuesto fáctico) y la *privación de efectos* (consecuencia). Existen cadenas de actos no previstas en la ley sino que surgen de la actividad del proceso. Pero más allá de estas diferencias terminológicas los conceptos son los mismos.

na asume que el Estado puede obtener beneficio de los actos ilícitos y puede ser objetada desde las raíces mismas del Estado de derecho. Además, si se recogen los frutos de un acto ilícito es imposible luego pretender que ellos no se cometan.¹¹⁹ El castigo a los funcionarios que los cometieron también pierde su base de legitimidad, ya que se los castiga por algo que le ha sido útil al Estado. Esta concepción restringida debe ser desechada por sus consecuencias prácticas (extensión de las prácticas ilícitas y la tortura) y por la falta de un sustento legítimo, tanto desde el punto de vista jurídico (Estado de derecho) como de ética política (violación a la dignidad de los hombres).

§ 90. Una segunda concepción entiende que esos frutos están viciados y que el Estado no puede aprovecharse de ellos.¹²⁰ Mal que le pese debe asumir la pérdida de la información para preservar

¹¹⁹ "...frente a la magnitud de las irregularidades, omisiones e inexactitudes que desde su inicio presenta el sumario, desnudadas en forma palmaria a lo largo de las audiencias de debate y claramente expuestas por la defensa, al extremo de resultar un imperativo legal la formulación de la denuncia penal (art. 177, C.P.P.) obliga a declarar la nulidad de tales piezas y de todo lo actuado en consecuencia, puesto que aquéllas constituyen su antecedente inmediato, directo e inexcusable... (...) resulta por demás grave que este tribunal no pueda atribuir algún grado de veracidad a lo actuado por la instrucción, así como tampoco al testimonio del personal policial interviniente. No menos serio resulta que aquellos funcionarios encargados de descubrir la verdad real, convaliden sin más semejante accionar... No es con proceder como los descriptos como debe combatirse el tráfico ilegal de drogas, pues nunca puede dejar de existir una diferencia entre quienes reprimen y los reprimidos..." (T.O.Crim. Fed. n° 3, causa n° 24/93, 25/8/1994).

¹²⁰ La bibliografía alrededor de la teoría de los frutos del árbol envenenado es amplia, aunque los criterios de exclusión no son tantos y el método de análisis para hacer esa exclusión en cada caso no tan firme. Ver Maier: *Derecho Procesal Penal*; Creus: op. cit., pp. 100 y ss.; Cafferata Nores: "Los frutos del árbol envenenado. La prueba obtenida por quebrantamiento constitucional", en *Doctrina Penal*, 1987-491 y ss.; Vázquez Rossi: *Derecho Procesal Penal*; Struensee, Eberhard: "La prueba ilícita", *Revista Justicia Penal y Sociedad*; y la recopilación de fallos de Desimoni-Tarantino, centrado en este tema principalmente; Torres: op. cit., pp. 71 y ss.

principios de mayor valor y evitar la extensión de las prácticas ilícitas. La información que es un fruto viciado por una práctica ilícita¹²¹ no puede ser utilizado para fundar un acto de gobierno, tal como lo es la sentencia. Pero como se trata de *cadena de hecho*, la pregunta ahora es ¿hasta dónde se debe extender el vicio que proviene del acto originario?

Mientras la relación sea directa, es decir, el segundo acto no se podría haber realizado de ningún modo sin contar con la información proveniente del primero, entonces la pérdida de efectos debe extenderse hacia él también. Cuando el segundo acto, o en algún punto de la cadena, el acto en cuestión ya no tiene en su sustento único ni determinante en la información de origen ilícito, entonces la pérdida de efecto comenzará a cesar.¹²² La vaguedad de esta fórmula sólo expresa la necesidad de analizar cada encadenamiento en sí mismo, ya que se trata, como he repetido, de un encadenamiento de hecho, proveniente del contenido mismo de la información y no

¹²¹ "Si en el proceso existe sólo una causa de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél. Debe excluirse del proceso cualquier medio de prueba obtenido por vías ilegítimas" (CSJN, 19/11/1987, "F., A. D.", causa F.103, LL, 1988-B-445; DJ, 1988-2-484).

¹²² Así lo reconoce el TS español: "En el caso, prescindiendo de la prueba de las escuchas telefónicas —en las que no se observan las exigencias o requisitos establecidos por la jurisprudencia del T.S., 2º— existen otras pruebas autónomas, no contaminadas, que han sido valoradas por el juzgador de instancia y que son suficientes para destruir la presunción provisional de inocencia, entre las que cabe destacar la declaración del coprocesado prestada en presencia judicial, en la que refirió con detalle lo acontecido, o la ocupación de los pasaportes con los sellos declarados falsos, así como la prueba testifical recibida en forma pública y contradictoria en el acto de juicio oral de los compañeros del acusado; por lo que la nulidad de aquella prueba, que afecta sólo a la misma y a sus consecuencias, carece de trascendencia para el fallo de la sentencia recurrida" (TS 2ª S, abril de 1994, ponente: Sr. Luíz Vadillo, LL, 1994-3-295). Lo que no queda claro es si son autónomas porque no están contaminadas, o existe algún criterio real y distinto para construir la autonomía. Esa "autonomía" es muy difícil de hallar en el tipo de investigación "secuencial" de los sistemas basados en el expediente de instrucción.

de una secuencia, prevista en la legislación procesal misma. Será la jurisprudencia la que determinará en cada caso hasta dónde la información ilícita ha sido determinante o ya el acto se apoya en otros encadenamientos o no tiene un vínculo de ese tipo con el acto de origen, viciado de invalidez.¹²³ En definitiva, los efectos nulificadores se pueden ir debilitando en la medida que los actos subsiguientes se vayan apoyando en otros encadenamientos de hecho carentes de invalidez. En caso de duda, ella siempre jugará a favor de la nulificación del acto, como manifestación del principio de favorabilidad. Es un problema de relación de causalidad¹²⁴ bastante similar

¹²³ En este campo, existen muchos fallos contradictorios en el caso de allanamiento ilegal y ello es el resultado de que, por una parte, es una nulidad que suele ser muy costosa declarar por la información que se pierde; pero por el otro, se trata de un acto en el que es muy fácil cumplir con los requisitos legales (mucho más si se espera obtener información valiosa). Los siguientes fallos son sólo alguno de ellos: "De las constancias de autos en modo alguno surge un consentimiento expreso por parte de Reynes para permitir el ingreso al domicilio de los funcionarios policiales, no siendo equiparable a una autorización suficiente la mora ausencia de reparos, pues, en esas particulares circunstancias importaría una exigencia contraria a la conducta ordinaria de las personas" (CFed. San Martín, cauta n° 165/2, "Elola, Jorge", reg. 45, Sec. Penal 2, del 14/12/1990). "Si las llaves de la finca no se encontraban ocasionalmente en su poder, sino que en su condición de novia del procesado éste le había hecho entrega de las mismas, ello implícitamente la facultaba a realizar todos los actos propios de la 'dueña de casa', por lo que así como autorizó la pesquisa policial, también hubiera autorizado el acceso de un plomero u otro operario sin necesidad expresa por parte de aquél" (CFed. La Plata, Sala II, del 7/8/1984, "C., J. A.", LL, fallo 38.269). "Si el titular del derecho de exclusión permitió el acceso a su casa de dos personas, una de las cuales desconocía y era un oficial de policía, sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido y con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, recorrió el velo de su intimidad y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la C.N." (CSJN, del 11/12/1990, "Fernández, Víctor", LL, 1991-B-190).

¹²⁴ Creus señala que "la relación de causalidad entre el acto anulado y los actos anteriores o concomitantes a él, a los que se extienden los efectos nulificatorios, ha sido descripta para estos últimos como la que se manifiesta en una *integridad conceptual*" (op. cit., p. 103). Sin embargo, ese concepto no ayuda mucho para identificar el nexo. Por otra parte, no se trata de un problema conceptual sino de estructuras. Al igual que en el

al que plantea la imputación objetiva de un hecho al autor en el derecho penal sustantivo y por ello se pueden utilizar en provecho todas las teorías que *excluyen* esa relación de causalidad y sus métodos de análisis.

derecho penal habrá que delinear primero si existe una *cadena causal* y luego analizar el *sentido* de esa cadena (imputación). Como ejemplo ver Cruz, F.: op. cit., p. 6: "La nulidad debe tener una utilidad para el proceso. Para determinarla puede recurrirse a la eliminación hipotética del acto irregular y si se determina que aun con su exclusión, la decisión hubiese sido la misma, entonces se demuestra, en principio, la inutilidad de la nulidad. Se logra mediante este procedimiento identificar los casos en que se pretende la nulidad por la nulidad misma". En otro sentido, Desimoni-Tarantino (op. cit., p. 183), analizando jurisprudencia norteamericana hablan de la validez cuando la cuestión es "remota", "atenuada" o se aplique la idea de "descubrimiento inevitable". Éstas son formas de dilucidar la independencia de la prueba. Pero veremos que todavía no se utiliza un método de análisis tan preciso.

III. LA DISCIPLINA DE LA ACTIVIDAD ACUSATORIA

A. DE LA ACCIÓN PÚBLICA A LA ACCIÓN PRIVADA

§ 91. La función de las formas procesales no se reduce a garantizar los principios de protección del imputado. Sin duda ésa es la función principal y por ello el eje explicativo de las respuestas a la actividad procesal defectuosa (o teoría de las nulidades) gira alrededor de su función de garantía. Sería deseable que el proceso penal evolucione hasta el punto en que las formas procesales sólo estén al servicio de esa función de protección de los principios fundamentales que aseguran la libertad de todos los ciudadanos. Pero el desarrollo cultural de nuestro actual proceso penal le asigna a las formas procesales, por lo menos otras dos funciones. Por una parte, a la vez que prohíbe o limita la autodefensa de los derechos (la justicia por mano propia) como una concesión a la convivencia pacífica y ordenada, debe dar a los ofendidos la posibilidad más amplia imaginable de solicitar la intervención del aparato judicial en defensa de sus derechos lesionados. Nace así la protección de la tutela judicial o el acceso a la justicia. Las formas procesales, en consecuencia, protegen un derecho fundamental de las personas, quienes deben tener la más amplia posibilidad de solicitar la



intervención de los jueces. Esta función no debe ser confundida con la idea de garantía, ya que por más que siempre se puede realizar alguna analogía formal, la función sustancial o política es muy diferente en un caso y en el otro. *En esta dimensión la forma no es un límite que garantiza la vigencia del principio sino una posibilidad que le da contornos precisos a una facultad, manifestación concreta del derecho fundamental de acceder a los tribunales en defensa de los derechos agredidos o desconocidos (tutela judicial).*¹²⁵

§ 92. Sin embargo, la defensa del derecho lesionado de la víctima no está confiada exclusivamente a sus propias fuerzas, ya que el Estado *también* tiene interés en que las ofensas no queden impunes y ello forma parte de la defensa de la vigencia del programa normativo (defensa de la legalidad). Como la protección de las víctimas es también una política activa del Estado, existe una magistratura especializada (los fiscales) que tienen a su cargo la defensa de los intereses de las víctimas (fin primario) para que a través de esa defensa no se vea burlado el programa normativo (fin secundario). Esta defensa no se hace en todos los casos (lo que por otra parte sería materialmente imposible) sino cuando esas víctimas tienen alguna situación de *debilidad o vulnerabilidad*. Esta debilidad puede surgir porque se trata de una persona individual sin recursos o sin posibilidades concretas de sostener su acción ya sean por circunstancias anteriores o porque ha quedado debilitada por la ofensa (debilidad personal) o porque se trata de una *víctima colectiva* cuya debilidad consiste

¹²⁵ Ver Pacto de San José de Costa Rica, arts. 8.1 y 25. Es en esta dimensión donde es útil la diferenciación conceptual de Maier y puede aplicarse en provecho la relación normas potestativas-nulidades. No creo que sea aplicable dicha relación cuando se trata del sistema de garantías, por lo menos en el marco del análisis que propone este ensayo (ver Maier, op. cit., pp. 129 y ss.).

en la dificultad para construir el consenso necesario para el ejercicio de la acción, la disparidad de intereses o las dificultades en la gestión, propias de todo litisconsorcio (debilidad de gestión). Finalmente, el grado máximo de esa debilidad se da cuando se trata del conjunto de los ciudadanos (afectación difusa) donde la dificultad para el ejercicio de la acción o la gestión del litisconsorcio ya es completa e insuperable (debilidad estructural). Pero tras la actividad del Ministerio Público siempre existen víctimas concretas que han sido afectadas, aunque se trate de muchas o finalmente de todos los habitantes de un país. Puede ocurrir que una sola acción afecte distintos niveles. Por ejemplo, una agresión física tiene siempre una víctima concreta e individual, pero puede afectar a otros (la familia de quien queda totalmente incapacitado) o al conjunto de la sociedad que no quiere vivir en una sociedad donde esos riesgos aumenten por la impunidad. En todos los casos, el Ministerio Público *encausa, soporta, sostiene, ayuda, estimula, refuerza o potencia* la tutela judicial de las víctimas. Nunca debe desplazarlas. Si existen conflictos entre distintos niveles de víctimas (individuales o colectivas, por ejemplo) debe *armonizar esos distintos intereses*. El Ministerio Público siempre actúa en nombre de este mandato legal, como ocurre con cualquier otro funcionario público. En esta dimensión, *las formas ordenan la actividad de esos funcionarios para que ellos intervengan en los estrictos límites de su función y bajo la dirección exclusiva de lo que la ley les indica como ámbito de su competencia*. Por eso, en este campo, *las formas procesales son manifestación concreta del principio de objetividad y buscan ordenar y encausar la actividad del Ministerio Público (como soporte o gestor de las víctimas) en la senda estrecha pero segura de la ley.*

§ 93. Estas dos funciones distintas de las formas procesales (concreción de la tutela judicial y del principio de objetividad), tienen en común la disciplina de la actividad acusatoria que impone. Sin embargo, de ello no se debe deducir que ambas funcionen siempre estén en armonía o que nunca existan conflictos entre ambos sistemas de protección. Al contrario, la relación de la víctima como sujeto procesal o simple interesado en el proceso dista mucho de ser pacífica con las funciones del Ministerio Público. Mucho más aun cuando rara vez el Ministerio Público se consideró abogado de la víctima. Ello tiene que ver directamente con el modo como se ha conceptualizado el problema de la acción y como se ha estructurado la acción del Estado alrededor de ese concepto.

§ 94. No es éste el lugar para desarrollar el problema teórico de la acción y me remito a otros trabajos,¹²⁶ sin embargo, la identificación de la actividad estatal con el concepto de acción, o mejor dicho, la utilización del concepto de acción penal para legitimar el accionar del Estado ha sido, junto con la ideología del ritualismo, los sustentos principales de una teoría unitaria de las unidades, que finalmente ha estado al servicio de la defensa del trámite como ejercicio del poder estatal, antes que cualquier otra finalidad. La posterior identificación del ejercicio de la acción penal con el impulso de oficio de la investi-

¹²⁶ Ver, Binder: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, donde se ha agregado un capítulo completo dedicado al problema de la acción penal y sus consecuencias para el desarrollo de los sistemas procesales. Para quien quiera ir directamente a las fuentes es obligado el famoso estudio de Chiovenda, "La acción en el sistema de los derechos", diversas ediciones, y el capítulo correspondiente al "acusador" en el Programa de Derecho Criminal de Francesco Carrara (t. II, Temis, Bogotá).

gación propio de los sistemas inquisitivos consolidó aún más esta visión del proceso como actividad estatal pura y distorsionó definitivamente la función de las formas procesales.

§ 95. Para reconstruir el andamiaje teórico del sistema de nulidades cuando disciplina y encauza la actividad acusatoria, es necesario realizar un giro copernicano. En primer lugar, entender, con Chiovenda, que la *acción es siempre un poder individual y por lo tanto nunca lo ejerce el Estado*. El uso del concepto de acción penal pública debe ser abandonado¹²⁷ porque sólo la víctima tiene acción, jamás el fiscal o cualquier otro funcionario público, salvo, claro está, cuando el Estado (no la sociedad en general) sea la víctima, ya que allí ocupa el lugar de un sujeto de derecho. La función que realiza el Estado a través de distintos órganos, su necesidad e importancia (que en este ensayo no se niegan) deben ser explicados desde otro aparato conceptual. La indebida transposición del concepto de acción al Estado ha evitado o superficializado la discusión sobre las condiciones de legitimidad de su intervención en el proceso penal.

§ 96. Por otra parte y como contracara de lo sostenido en el párrafo anterior se debe realizar un replanteo mucho más profundo del problema de la víctima dentro del proceso penal. No se trata de preparar a los sistemas procesales a una mayor "apertura" hacia el problema de la víctima. Tampoco se trata de una derivación de la idea de reparación, mucho menos si se la pretende "distorsionar" como una tercera vía del derecho penal. De lo que se trata es de sostener, con Carrara, que el proceso penal se piensa

¹²⁷ Ver Chiovenda, G.: "La acción en el sistema de derecho", en *Ensayos de Derecho Procesal*, p. 114, nota 70.

desde los sujetos naturales y no desde el Estado. Éste es uno de los fundamentos de los sistemas acusatorios. El cambio no consiste tanto en el rediseño de las funciones de los funcionarios estatales (hacer responsables de la investigación a los fiscales, por ejemplo) sino cambiar la perspectiva básica del proceso mismo. Por eso podemos decir que el proceso penal se piensa desde la acción privada (que es el único concepto admisible de acción penal) y no desde el concepto de acción pública (que es un concepto impropio y negativo que debe ser abandonado, tal como sostiene el mismo Chiovenda).

§ 97. Para comprender la función de las formas procesales en estos dos ámbitos distintos, el del ejercicio de la acción penal privada por parte de la víctima y el del soporte estatal a la persecución penal y la acusación en juicio (actividad fiscal) era necesario realizar las aclaraciones precedentes. Al mismo tiempo, sólo desde esa perspectiva se puede comprender la distinta función de las formas procesales y se evita caer en la falsa armonía de la defensa del trámite, que nutre la ideología del ritualismo. Al mismo tiempo el modo como se debe reaccionar frente al acto procesal defectuoso es distinto en ambos casos, ya que responde a funciones distintas y según la perspectiva general de este trabajo es desde las funciones de las formas como se construye el sistema de respuesta a la invalidez procesal. *El quiebre formal no es el centro de la explicación.* Sí lo es la distinta función de las formas procesales. Por eso no puede existir una teoría unitaria de las nulidades, ya que los tres sistemas de respuestas se rigen por principios distintos y sirven a funciones diferentes.

B. LAS FORMAS PROCESALES Y LA TUTELA DEL INTERÉS DE LA VÍCTIMA

§ 98. Posiblemente sea Carrara quien exprese con mayor claridad el problema de la víctima en el derecho penal. Ello ocurre porque, fiel a su impronta racionalista e iusnaturalista, no puede dejar de pensar en el derecho de todo hombre a defender su vida, su libertad, su familia o sus bienes. Quizás porque nunca pierde de vista que el problema procesal de la víctima no puede ser visto por fuera del problema de la limitación a la autodefensa o quizás también porque en su horizonte vital estaba todavía muy fresco el proyecto político centralista y expansionista que encarna Napoleón, pretendiendo cimentarse en la Revolución Francesa pero distorsionando todos sus principios y valores. Lo cierto es que sus páginas tienen una claridad que cuesta encontrar en los juristas posteriores. Para Carrara no es difícil fundamentar la limitación a la autodefensa de los derechos. Es lógico que un ser racional, que quiere vivir en una sociedad pacífica, consienta en no recurrir a sus propias fuerzas cada vez que se siente ofendido, porque tal actitud pone en peligro su propia existencia. Es un razonamiento de buen sentido, propio de todo hombre que se guía según la "razón natural". Pero también es claro que todo hombre tendría derecho a realizar la defensa de esos bienes propios. De esta cesión elemental que hace cada ciudadano nace una obligación de la autoridad: nada menos que generar las condiciones para que esos bienes estén protegidos (paz comunitaria) y crear las condiciones para que cuando un derecho ha sido desconocido cada (y todos) ciudadano puede recurrir a las instituciones estatales para que un magistrado imparcial haga valer la fuerza pública en

defensa del derecho violado. Hasta allí, explica Carrara, cualquier ciudadano razonable aceptaría esta situación porque son reglas de juego claras y convenientes.

§ 99. Los problemas comienzan cuando esas condiciones no se cumplen (entonces la defensa propia se vuelve urgente) o cuando los sistemas judiciales no funcionan o no están al alcance de cualquiera. *Peor aún es cuando el Estado mismo le cierra las puertas al ofendido para que reclame su derecho ante los tribunales.* Esta frase que tiene resonancias catastróficas es, en realidad, lo que ha sucedido cotidianamente en el proceso penal. El Estado no sólo ha prohibido (con razón) la autodefensa sino que le ha cerrado el paso a las víctimas a los tribunales otorgando el monopolio de esas peticiones al Ministerio Público. De esta manera, el Estado concentró todo el ejercicio del poder penal (violencia estatal) reclamando y juzgando, en un círculo vicioso que ha servido para hacer pervivir al sistema inquisitivo y poner a la violencia estatal al servicio de finalidades políticas distorsionadas. Si la discusión gira alrededor del sistema inquisitivo, el modelo mixto o el acusatorio formal, sin romper ese círculo vicioso, *en realidad estamos discutiendo sobre tres formas históricas del mismo sistema inquisitivo.*

§ 100. Se debe partir de afirmaciones claras y básicas: 1) toda víctima tiene el derecho de recurrir a los tribunales a solicitar la reparación o el castigo de su ofensa; 2) el Estado debe organizar mecanismos para que esa petición pueda ser ejercida de un modo razonable y seguro, y 3) esos mecanismos no pueden constituir un modo encubierto de autodefensa, con la complicidad del Estado. Efectivamente si se ha prohibido la autodefensa es por el efecto multiplica-

dor de la violencia que encierra esa forma de resolver entuertos. El Estado no puede permitir que sus instituciones, autoridades y mecanismos de actuación se constituyan en una forma elíptica o encubierta de la justicia por mano propia, ya que entonces se priva de racionalidad al conjunto de decisiones que estructuran el sistema de defensa judicial. Por ello, en primer lugar las formas protegen el derecho a la tutela judicial, pero en segundo lugar (o como lógica consecuencia de su naturaleza institucional) evitan que esa tutela judicial se distorsione. Éste es el resultado de la *institucionalización de estos conflictos graves que procura el sistema republicano y democrático de convivencia como un modo de construir la paz comunitaria y favorecer las relaciones personales.*

§ 101. Para facilitar este acceso a la justicia las formas se refieren, en primer lugar, al reconocimiento como sujeto. La víctima es un sujeto natural del proceso penal y las formas deben asegurar que así sea reconocido. Los sistemas procesales no pueden ser limitativos en el reconocimiento de ese carácter ni imponer requisitos o formalidades que dificulten o entorpezcan ese reconocimiento. En segundo lugar, los sistemas procesales deben otorgar facultades y permitir el ejercicio de esas facultades sin otras limitaciones que las que surgen de la idea misma de prohibición de la autodefensa. Las formas deben asegurar la amplitud del ejercicio de esas facultades, que son la concreción del reconocimiento como sujeto. La idea misma de un querellante adhesivo, es decir, subordinado a la actividad estatal, o las limitaciones al ejercicio de la querrela que no se funden en estrictas razones de prohibición de la autodefensa, no tienen justificación en nuestro siste-



ma constitucional ni en el sistema de protección de los derechos fundamentales.¹²⁸

§ 102. En esta dimensión también funciona una visión sustancialista o basada en las funciones de las formas procesales. No interesa el mero defecto formal, sino el incumplimiento formal en tanto constituye un deficiente reconocimiento de la víctima como sujeto o provoca una limitación al ejercicio del derecho de tutela judicial. La invalidez de un acto interesa en tanto es un signo de esas afectaciones sustanciales. En todo caso la reparación de esas afectaciones deberá ser el norte de la respuesta estatal al acto viciado. Sin embargo, la posición de la víctima no es aquí similar a la del imputado. En primer lugar porque el cumplimiento de los principios de protección de las personas sometidas al proceso penal constituye una de las principales condiciones de legitimidad del Estado y de allí que existe un complejo sistema de garantías. Por razones históricas que ya hemos reseñado hoy se entiende que esa protección constituye uno de los núcleos fundamentales del Estado de derecho. La defensa del derecho de la tutela judicial es importante pero no se encuentra en el mismo plano que la vigencia de los otros principios. Ello no quiere decir que exista desatención. Al contrario ya hemos señalado que se ha constituido toda una magistratura especializada para defender esos intereses (el Ministerio Público). Pero la *memoria de la arbitrariedad y el sufrimiento provocado*

¹²⁸ D'Albora, comentando el C.P.P. nacional reconoce los siguientes casos de invalidez: a) su intervención; b) su facultad de acusar; c) participar en los actos preliminares del juicio; d) asistir a la apertura del debate; e) formular conclusiones en la discusión final; f) impulsar el proceso en los delitos de acción privada; g) participar en los actos irreproducibles, y h) en general, actuar en el debate (op. cit., p. 269).

*por el poder penal hacen que el sistema de garantías tenga un valor superior.*¹²⁹

§ 103. Esta última afirmación tiene una consecuencia clara en la posición que ocupa la convalidación dentro el sistema de respuestas. Hemos visto que cuando las formas son la garantía de los principios de protección del imputado la convalidación no cumple ninguna función. En esta dimensión, al contrario, la convalidación cumple una función importante ya que como las mismas formas procesales cumplen funciones diversas es un modo de *prevenir conflictos entre las diversas funciones*. Por eso, cuando se trate de afectaciones formales que afecten el interés de la víctima, *antes que responder con el saneamiento se debe analizar si no se dan las condiciones de la convalidación, es decir, que el proceso deba asimilar o absorber el defecto formal en aras de la preservación de otros principios que protegen al imputado*. Por otra parte, el interés de la víctima no sólo está protegido por las formas, sino por la actividad paralela del Ministerio Público y ello genera un doble sistema de protección que también incluye en la respuesta estatal al acto defectuoso.

§ 104. Aquí existe una gran diferencia respecto del sistema de nulidades vinculado a las garantías de los principios de protección del imputado. Mien-

¹²⁹ "La persecución penal debe ser efectuada dentro de ciertos límites, debiendo arribarse a la verdad por un itinerario lícito, no sólo porque hay de por medio un principio ético en la represión del delito, sino porque la tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo del autor del delito" (CNFed. Crim. y Correc., Sala II, 6/10/1988, "Fiscalía Nac. de Inv. Adm. s/presuntas irregularidades en la remisión de información confidencial del Ministerio de Defensa", LL, 1989-A-483). Torres (op. cit., p. 49) cita a Rubianes para quien existen nulidades esenciales y secundarias: la primera (se da cuando no se observa una forma que tiende a efectivizar una garantía constitucional. Por lo menos, se reconocen jerarquías en el valor de las formas.

tras que en aquel sistema del saneamiento, es decir, la reparación del principio afectado era el eje donde giraba toda la respuesta estatal, *en esta dimensión el eje explicativo lo constituye la convalidación*. El juez que debe responder frente a un acto procesal defectuoso que afecta el interés de la víctima debe analizar, en primer lugar, si ha sido *convalidado, es decir, si el daño no ha sido suplido por una actividad paralela del Ministerio Público o si la propia víctima mediante un acto expreso o tácito ha consentido los efectos del acto inválido*.¹³⁰ Si ello no es así, debe analizar aun si no existe un conflicto con un principio de protección al imputado que esté garantizado por la misma forma. Si existe ese conflicto, debe convalidar el defecto que afecta al interés de la víctima por el valor superior de los principios que protegen al imputado. Sólo después de ello queda lugar, en primer lugar, para la reparación (saneamiento) y finalmente para la nulificación del acto. De este modo, el papel de la convalidación en el sistema de nulidades vinculados al interés de la víctima es muy grande y lo diferencia del sistema de nulidades vinculados a los principios de protección del imputado, donde la convalidación no cumple ese papel. La segunda respuesta es siempre la reparación de la tutela judicial (reconocimiento y facultades) afectada y en definitiva la nulidad queda igual como respuesta remanente, ya que recordemos que deberá ser una nulidad que no afecte los principios de protección del imputado ya que entonces rige la respuesta de convalidación. El ámbito de la convalida-

¹³⁰ Es aquí donde el consentimiento ocupa un lugar importante, aunque la doctrina y la jurisprudencia se ha empeñado en extenderlo a todas las partes sin mayor análisis. Aquí vale la aceptación expresa o tácita, las formas de caducidad y las distinciones que ha hecho la jurisprudencia para invalidar actos (ver Creus: op. cit., pp. 85 y ss.). Todo esto no es aplicable al sistema de garantías vinculado a los principios de protección del imputado.

ción es amplio, menor el del saneamiento y muy estrecho el de las nulidades (siempre en virtud del conflicto de intereses que surge de la polifuncionalidad de las formas). La idea de "nulidad relativa" es la que se ha utilizado para expresar este funcionamiento del régimen de nulidad. Sin embargo, el hecho de que ese concepto se utilice para todos los sujetos procesales en el marco de una teoría unitaria y las distintas variantes y posibilidades que existen hacen aconsejable intentar construir nuevos conceptos para explicar estas respuestas al acto inválido. Además su simetría con las categorías de invalidez del negocio jurídico lleva finalmente a confusiones.

C. LAS FORMAS PROCESALES COMO CONDICIÓN DE OBJETIVIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO

§ 105. El Ministerio Público es una magistratura especializada en fortalecer la necesaria tutela judicial de las víctimas, bajo diversas formas y variantes. Lo hace desde su posición estatal pero siempre al servicio del interés concreto de víctimas individuales, colectivas o difusas, según diversas condiciones de debilidad. Como funcionario público el fiscal no puede actuar sino en base a la competencia que le ha dado la ley y a la finalidad de su función. Como se trata de un funcionario del Estado, no puede con su actividad lesionar las condiciones de legitimidad del propio Estado, al contrario, debe procurar fortalecerlas y ya hemos visto que dentro de esas condiciones de legitimidad se encuentra el respeto a principios de protección del imputado que están garantizados por las formas procesales. No queda muy claro en la doctrina en qué consiste el principio de objetividad que debe guiar la actividad del fiscal.



Pero ello no es más que otra manifestación de las muchas confusiones que existen alrededor de la figura del Ministerio Público, cuya clasificación no constituye el objeto de este trabajo. De lo que debemos dejar constancia es que el principio de objetividad no es algo asimilable a la imparcialidad judicial, ni nace de una defensa "abstracta" de la ley, ni constituye a los fiscales en "cuasi" defensores públicos de los imputados. Se trata de una construcción compleja que será difícil de dilucidar mientras no se clarifiquen todas las funciones del Ministerio Público y se establezca su papel institucional.

§ 106. Pero para lo que a nosotros nos interesa, las formas procesales le dan al Ministerio Público un marco legal que debe respetar, ya sea que la forma esté al servicio de los principios que protegen al imputado, ya sea que sean manifestación concreta de la tutela judicial. Las formas procesales son para el fiscal *mecanismos de orden para el cumplimiento de sus funciones. Regulan su actividad en el proceso y objetivan su actuación, pero no introducen una función distinta de la defensa de la tutela judicial o la garantía de los principios de protección del imputado. Fórmulas de orden que forman parte del principio de objetividad y encauzan su actividad por la senda de la ley.*

§ 107. Esta afirmación trae diversas consecuencias. En primer lugar, *un incumplimiento formal nunca afecta un interés propio del Ministerio Público.* Se deberá demostrar que se ha afectado alguna de las dos funciones centrales de las formas procesales, vinculadas al imputado o a la víctima. La violación formal que afecta la actuación del Ministerio Público pero que ha sido suplida por la actuación de la víctima o no afecta su interés, ni constituye violación de un principio de defensa del imputado, *es irrelevante,*

es un mero incumplimiento formal que ni siquiera constituye un caso de convalidación ya que ella implica siempre algún grado de absorción de un daño. En esos casos no juega ningún papel el saneamiento ni la nulidad. Aquellos defectos provocados por algún funcionario del Estado (un juez, un auxiliar, un perito estatal, etc.) que dificultan, entorpecen o, incluso, frustran la función propia del fiscal y afectan algún interés de la víctima, sólo podrán ser reparados (saneados) si esa reparación es inocua para el imputado, es decir, no sólo que no le causa ningún daño sino también que no lo *priva de una ventaja dentro del proceso, que no afecte, como ya hemos dicho, las condiciones de legitimidad del ejercicio del poder penal del Estado.*

Aquí el principio de que el Estado no puede alegar su propia torpeza juega un papel importante, aun cuando se trate de organismos o instituciones estatales diferentes.

"Nadie puede invocar en su beneficio su propia torpeza. Por ejemplo, no puede invocarla quien ofreció o adhirió al ofrecimiento de los medios de prueba que impugna (T. Superior de Córdoba, 28/4/1959, BJC, 510). Sin embargo, no es tan simple la utilización de este principio en el marco del proceso penal.

Ello nos obliga a un *Excursus*, que espero sepa disculpar y aprovechar el lector.

La doctrina de los actos propios no es nueva. Al contrario, "se trata de una doctrina de muy antigua data, pues se remonta a una regla romana ya contenida en el *Digesto*, según el texto de Scaevola y que halla su fundamento en el principio general de la buena fe" (Trigo Represas, Félix, "Prólogo" al libro de M. López Mesa: *La doctrina de los actos propios en la Jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1997). No es un principio complejo. Puede tener diversas for-

mulaciones: "Nadie puede válidamente ir contra sus propios actos" (Trigo Represas); "Nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro" (López Mesa); "impedimento para reclamar amparo jurisdiccional en actitud contradictoria con un comportamiento anterior del mismo sujeto" (Conclusiones Jornadas de Derecho Civil, 1987); "A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción a su anterior conducta" (Ennecerus - Nipperdey), etc. Con las variaciones que son evidentes todas las fórmulas giran alrededor de la idea de "comportamiento coherente" ya que el principio de buena fe requiere que en la relación jurídica la parte exhiba un comportamiento leal y adecuado a la creencia y confianza despertada en la otra" (Morello y Stiglitz, "La doctrina del acto propio", *LL*, 9/12/1983).

Este principio no sólo se funda en la buena fe, como "modelo objetivo de conducta", sobre las bases éticas de probidad previstas en el art. 1198 del Código Civil (ver Alterini, Atilio, y López Cabana, Roberto: "La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino", *LL*, 12/12/1983) sino que se funda también —y quizás principalmente— en la necesidad de *reducir los riesgos* en la interacción social; necesidad que se acrecienta con la rápida y compleja sociedad de estos tiempos ("es necesario permitir cierto grado de previsión en el obrar, pues el de una persona es la base de la conducta observada por la otra", Puig Brutau: cit. por Alterini).

Si bien los autores citan un viejo precedente de la Corte Suprema (*Fallos*, 7:139) lo cierto es que ha sido en los últimos quince años cuando se ha aplicado con mayor frecuencia este principio, por lo menos con una formulación más precisa y rigurosa (López Mesa: op. cit., p. 45). El ámbito de aplicación ha es-

tado vinculado al derecho privado y luego por extensión al proceso civil, cuando se pretendía sacar una ventaja aprovechando de un modo inválido al litigio. Sin embargo, todos los autores citados reconocen que se trata de un principio jurídico general aplicable en todo el sistema jurídico (Alterini, cit., punto V; Morello, cit., punto II; Jornadas Nacionales, comisión 2).

Ello ha generado también un uso abusivo que pretende utilizar este principio para resolver situaciones en las que ya existen otras reglas y principios. "Los magistrados deben ser especialmente cuidadosos cuando se trata de aplicar este principio porque dicha doctrina no debe servir como puente de plata para efectuar fundamentaciones dogmáticas o facilistas" (Trigo Represas, cit., p. XI.). Asimismo, Morello y Stiglitz despejan el camino para evitar ese facilismo señalando los ámbitos en los que no es necesario recurrir a esta doctrina porque ya existen otros institutos (consentimiento, declaración tácita de voluntad, preclusión, etc.) (Morello, cit., pp. 2 y ss.).

Lo dicho hasta ahora en apretada síntesis nos sirve para reconocer y limitar a esta doctrina. Ahora bien, ¿tiene ella alguna utilidad en el ámbito del proceso penal?

La jurisprudencia ha utilizado esta doctrina en casos que pueden ser analogables. Por ejemplo: "las partes no pueden reclamar una solución que implique contrariar un acto propio precedente, deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz" (la fórmula es de la SC Buenos Aires, *Juba*, 7 B 80.861, pero se repite en muchos otros fallos [ver López Mesa: cit., pp. 51 y ss.]); "la protección de la confianza recíproca y la seguridad de los negocios exigen que quien contribuye con su acción a crear una determinada situación de hecho, cuya apariencia re-



sulta verosímil, debe cargar con las consecuencias" (CAp. CC Neuquén, Sala 1ª, 5/9/1995, cit.); "no es lícito hacer un derecho en contradicción con una conducta, cuando dicha conducta —interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe— justifica la creencia de que no se hará valer el derecho" (TS español, 22/5/1984; López Mesa: cit., p. 61). Según Morello y Stiglitz (op. cit., p. 4) todo el desarrollo realizado en la esfera de los negocios es aplicable a los actos del proceso. "El parentesco, entonces, y la hermandad conceptual y funcional entre el derecho patrimonial privado y el público procesal es manifiesto" (op. cit., p. 4). "Tal patrón (el de la coherencia) —nos dicen— corrobora que quien da con su actividad omisiva lugar a que el adversario de la preclusión pueda esperar, confiadamente el rumbo que tendrá la lógica ulterior en el desenvolvimiento de aquella conducta (...) se instala en diversos territorios: el retraso desleal, el abuso de la nulidad por motivos formados, etc." (op. cit., p. XIX). Por otra parte, nos dicen Alterini y López Cabana: "Es indudable que la regla es utilizable como un escudo antes bien que como una espada" (op. cit., VII y allí las citas correspondientes).

Según lo que ya hemos analizado este principio no es aplicable al imputado, quien sí puede alegar su torpeza, o su incoherencia, cuando ella ha contribuido a causar un acto inválido (ver C.P.P. Modelo para Iberoamérica). Ello es consecuencia de la amplitud del principio de defensa, de las presunciones que juegan a favor del procesado y de la gravedad de las consecuencias del proceso penal para él.

Donde sí tiene aplicación, como soporte del mayor peso que tiene la respuesta convalidadora, es en la disciplina de la actividad acusatoria y mucho más aún en cuanto se trata de la actividad propia del fiscal.

Un primer ámbito de aplicación concreto se da cuando se pretende desconocer el principio de unidad del Ministerio Público y sus fiscales pretenden desconocer —y actuar en contradicción— la conducta o la actuación de otro. En los sistemas procesales en los que los fiscales actúan *por etapas* (fiscales de instrucción, de juicio, etc.) se suele acentuar esta práctica. La doctrina de los actos propios en conjunción con el principio de unidad del Ministerio Público, impiden criticar y desconocer lo actuado con anterioridad y cambiar las expectativas de la defensa al respecto.

Tampoco puede el Ministerio Público realizar variaciones de tal magnitud que impliquen una clara incoherencia. Dentro de los límites estrictos de la doctrina de los actos propios y sus requisitos (ver López Mesa: op. cit., p. 64) el fiscal tiene limitadas sus posibilidades de variación, tanto en el curso de una investigación (lo que no quiere decir que no pueda actuar sobre distintas hipótesis) o en el mismo curso del debate. Ello no sólo en el ámbito más claro de "lo sorpresivo" (que está vedado por el derecho de defensa) sino sobre las expectativas ciertas sobre las que se ha construido las estrategias de defensa.

En este sentido dice bien López Mesa, "liberar al Estado de las obligaciones de moralidad y coherencia implica vulnerar al sistema republicano de gobierno" (op. cit., p. 94). Ha reconocido que esta doctrina es aplicable al Estado la Suprema Corte de Mendoza (caso "Arrigoné", LL, 1991-B-38) y la Corte Suprema nacional (caso Kellog, ED, 115-566). (Sobre esta extensión ver la jurisprudencia reunida por López Mesa: op. cit., pp. 95 y ss. y Héctor Mairal, *La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994).

Se ha discutido si la doctrina es aplicable a jueces y tribunales. Se pronuncia a favor Isidoro Eisner ("La doctrina de los propios actos compromete también el obrar del tribunal", *LL*, 1987-C-820 y *JA*, 1987-II-694) y en contra Alejandro Borda ("La doctrina de los actos propios", 1987, y *LL*, 1991-B-38). La jurisprudencia ha ido progresivamente adoptando el criterio de Eisner (López Mesa, p. 103) y ha entendido: "que el tribunal no puede exigir prueba si había declarado la cuestión de puro derecho" (*JA*, 1991-III-653); "el deber de lealtad también es exigible al juez" (STJ Río Negro, *DJ*, 1994-II-1253); "es aplicable para evitar retroceder de oficio el proceso en base a errores que no configuren nulidades sentenciadas" (*Juba* 7 B 250770); "la doctrina de los propios actos veda desplegar una actividad procedimental que se reveló incompatible en una anterior" (*Juba* 7 B 250294); "el litigante no debe ser sorprendido" (*LL*, 1986-A-599).

Cabe preguntarse ahora, si el juego de ficciones que conforma el sistema accesorio formal, en el que el Estado desdobra su actuación, y mucho más aún en los sistemas mixtos, alcanzan también a la aplicación de esta teoría. Si un juez, por ejemplo, limita erróneamente, una facultad del fiscal, ¿puede el Estado (a través del fiscal) invocar su propia torpeza (la del juez)? Pareciera que no es posible. Éste es un límite más en el ya restringido sistema de nulidades vinculado a la actividad del Ministerio Público. Por supuesto ello no es aplicable a la víctima, pero tampoco el Ministerio Público puede respaldarse en el *interés concreto* de la víctima, sólo cuando la necesita. Eso es lo que hemos llamado la víctima como excusa.

En definitiva, la doctrina de los propios actos no ha sido utilizada con frecuencia en el campo del proceso penal, pero espero haber demostrado que nada

impide hacerlo; al contrario, ella puede formar parte de una renovación conceptual de los distintos sistemas de nulidades y sus respectivas teorías.

§ 108. Como podemos ver, el margen para el saneamiento es muy estrecho y se angosta mucho más aún cuando se lo analiza desde una concepción amplia del principio de progresividad del proceso como una de las manifestaciones más directas del principio de *non bis in idem* que impide en todo momento tomar decisiones que aumenten el "riesgo" que sufre el imputado dentro del proceso.¹³¹ El papel de la convalidación y mucho más aún de la nulidad es dependiente de los intereses de la víctima o del imputado y la protección de la función "ordenadora" de las formas procesales respecto del fiscal como razón autónoma de saneamiento o nulidad debe cubrir un espectro muy reducido de casos en un proceso fundado en principios procesales correctos y no en la defensa del ritualismo.¹³² Incluso se podría llegar a afirmar que no tienen ningún margen, ya que es difícil imaginar un caso donde no exista una paralela afectación al interés de la víctima (en cualquiera de sus dimensiones). Sin embargo, como el fiscal también está sometido a la necesidad de construir su legitimidad (y la de la institución que lo cobija) en base a su actuación en el proceso, podrían existir casos de entorpecimiento de la actividad fiscal, que obliguen a una reparación o nulidad.

¹³¹ Ello puede ocurrir, por ejemplo, si por falta de instancia de la acción (en los delitos correspondientes) se pretende anular un proceso que ya se ha desarrollado. En esos casos corresponde la absolución. La jurisprudencia mayoritaria está en contra de esta solución. Ver el problema y los fallos en uno y otro sentido en Torres, op. cit., p. 136.

¹³² Por ello no es abundante la jurisprudencia que nulifica "a favor" del fiscal. La mayoría de ellos se refieren a la omisión de "vista" o traslado en algún incidente o excepción (ver Torres, op. cit., pp. 90 y ss.).

§ 109. Vemos, pues, que el modo como funciona el sistema de nulidades respecto de la actividad propia del Ministerio Público es muy diversa de la que cumple respecto del imputado o de la víctima y necesita también un aparato conceptual diferente. Hemos llegado así al final de este ensayo. No quisiera concluir sin reiterar enfáticamente su carácter de reflexión abierta y exploratoria que ha asumido el límite de utilizar muchos de los conceptos corrientes en este tema. Es que no he pretendido aquí ya construir tres teorías nuevas ya que ello requeriría de mucha reflexión y debate, sino más bien demostrar que *es necesario construir tres teorías distintas de la actividad procesal defectuosa sobre la base de un análisis de las funciones de las formas procesales, vinculadas a prácticas institucionales específicas y no a la generalidad de las "formas de los actos jurídicos". También he tratado de llamar la atención sobre las "falsas armonías" que han fundado a una teoría unitaria de las nulidades. Teoría sofisticada pero que contribuye a oscurecer la explicación del sistema de nulidades y, peor aún, ha debilitado la protección del imputado y al derecho a la tutela judicial. Y lo ha hecho no por simple afán escolástico sino como manifestación de la ideología del ritualismo y como expresión de un tipo de administración de justicia en donde el poder está en el trámite y las fórmulas vacías. Un modelo de administración de justicia que destruye lo verdaderamente jurisdiccional, para defender los ritos de una práctica judicial y un ejercicio de la abogacía que ensalza el "espíritu de litigio, embrollo e intriga" y que se "sirve de la forma para estrangular al débil e inexperto", como hace ya mucho tiempo nos enseñaban los grandes juristas y olvidamos por la rutina, la desidia o la aceptación sin crítica de las costumbres y los conceptos establecidos.*

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio, y LÓPEZ CABANA, Roberto: "La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino, *LL*, 12/12/1983.
- APEL, Karl Otto: *Teoría de la verdad y discurso práctico*, Paidós, Buenos Aires, 1991.
- BERMAN, Harold J.: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1996.
- BINDER, Alberto M.: *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2ª ed, 2000.
- "El relato del hecho y la regularidad del proceso", en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BORREGO, Carmelo: *Nuevo Proceso Penal. Actos y nulidad procesales*, Livrosca, Caracas, 1999.
- CAFFERATA NORES: *Temas del derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1992.
- CALAMANDREI, Piero: *La casación civil*, Ejea, Buenos Aires.
- CARRARA, Francisco: *Programa de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1985/1989.
- CHIOVENDA, G.: "La acción en el sistema de derecho", en *Ensayos de derecho procesal*.
- CREUS, Carlos: *Invalidez de los actos procesales penales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997.
- CRUZ CASTRO, Fernando: "La nulidad por la nulidad misma", *Foro Judicial*, El Salvador, 1994.
- D'ALBORA, Francisco: *Código Procesal Penal de la Nación. Comentario*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- DESIMONI - TARANTINO: *La nulidad en el proceso criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- D'ORS, Álvaro: *Introducción al estudio del derecho*, Rialp, 1963.
- *Derecho privado romano*, 7ª ed., Eunsa, 1989.

- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.
- FOUCAULT, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Buenos Aires, 1998.
- IHERING, Rudolf von: "El espíritu del derecho romano de Occidente", Madrid, 1962.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J.: *Ineficacia y nulidad de actos y procesales*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- *La doctrina de los actos propios*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- MAIER, Julio B. J.: *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- MANZINI, Vincenzo: *Tratado de derecho procesal penal*, Ejea, Buenos Aires, 1952.
- MORELLO, Augusto, y STIGLITZ, Rubén: "La doctrina del acto propio", *LL*, 9/12/1983.
- PAGANO, Mario: *Considerazioni sul processo criminale*, Milán, 1802.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, SCARANCA FERNÁNDEZ, Antonio, y MAGALHÃES GÓMEZ FILHO, Antonio: *As nulidades no proceso penal*, 4ª ed., Malheiros, San Pablo.
- PEROZZI, S.: *Instituzioni di diritto romano*.
- PESSOA, Nelson: *La nulidad en el proceso penal*, Mave, Buenos Aires, 1997.
- REZZONICO, Juan Carlos: "La forma jurídica y su dimensión histórica", *LL*, 31/10/1980.
- SIMON, Josef: *La verdad como libertad. El desarrollo del problema de la verdad en la filosofía moderna*, Salamanca, 1983.
- TORRES, Sergio Gabriel: *Nulidades en el proceso penal*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: *Derecho procesal penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.
- WINDSCHEID, B.: *Diritto delle pandette*, trad. italiana de C. Fadda y P. E. Bensa, Unione Tipografica Editrice, Turín.

