

Fallos y doctrina de la Patagonia

Directores académicos

Gustavo A. AROCENA
José Daniel CESANO

STAFF

Ricardo Tomás KOHON
Aidee VÁZQUEZ VILLAR
Daniel Gustavo VARESSIO
Mario RODRÍGUEZ GÓMEZ
Fernando Marcelo GHISINI
Carlos LOSADA

Gustavo RAVIZZOLI

Secretario de redacción

Juan Agustín GARCÍA

Presentación

Federalismo y cultura jurídica - **Daniel CESANO** 3

Doctrina

Estudio sobre la regulación de las nulidades
en el Código Procesal Penal de la Provincia de
Neuquén - **Gustavo A. AROCENA** 5

Fallos

Aplicación de la semilibertad a los procesados 25

Semilibertad. Revocación del beneficio 28

Fallos y doctrina de la Patagonia es una publicación de Alveroni Ediciones (Duarte Quirós 631 -
P.B., Local 1 - Tel. (0351) 4217842 - X5000ALM - Córdoba - Rep. Argentina - alveroni@arnet.com.ar.

Las opiniones vertidas en las notas firmadas son
responsabilidad exclusiva de los autores.

Año I - N° 1

Revista de aparición trimestral

Propiedad intelectual en trámite

Alveroni
Ediciones

Federalismo y cultura jurídica

Por JOSÉ DANIEL CESANO

Nos toca, en este número inaugural de *Fallos y doctrina de la Patagonia*, realizar su presentación.

Muy diversos podrían haber sido los caminos ensayados para este cometido: un lugar muy común es el de aprovechar la oportunidad para discurrir, siquiera en forma esquemática, sobre el sentido de lo jurídico o la necesaria vinculación entre éste con la realidad social.

Sin embargo —y sin que esto signifique que alguna de aquellas cuestiones no vuelvan a ser retomadas en un futuro— preferimos, en esta ocasión, detenernos en otro aspecto: el valor de la difusión de las ideas jurídicas locales, como factor que robustece nuestra convivencia federal.

El federalismo supone una voluntad común de relacionarse; preservando cada comunidad, al mismo tiempo, su propia identidad y autonomía: las comunidades que integran el diseño de un Estado federal “no se funden en una unidad mayor que las absorbe y disuelve, sino que cada una preserva su identidad y su personalidad jurídica y política” propias¹.

Y precisamente, una de las manifestaciones de esta personalidad jurídica está representada tanto por los productos normativos elaborados por los distintos poderes que integran la estructura político-institucional de cada Estado local (leyes dictadas por su legislatura o actividad normativa del poder ejecutivo) como —y ahora analizado el fenómeno desde una dimensión dinámica— por la forma en que se opera todo aquel material jurídico en la praxis de su judicatura. Ambas dimensiones —la elaboración normativa y su concreta aplicación— constituyen la genuina cultura jurídica de una provincia.

En este marco se inscribe la tarea que nos propusimos al aceptar la codirección académica de esta publicación: difundir y hacer conocer la cultura jurídica del Neuquén; materializada en su sistema normativo, en las ponderaciones de su jurisprudencia y en las reflexiones que, sobre éstas y aquéllas se realizan (tanto por autores locales como los que se encuentran fuera de este ámbito territorial); creando, así, un espacio de discusión y reflexión; orientado a sumarse al diálogo jurídico federal. Este objetivo, por estos días, tiene un valor agregado: la reciente reforma de la Constitución neuquina, el cual aún requiere un desarrollo post-constituyente significativo, dada la trascendente labor que le espera a los poderes constituidos; y, en particular, al legislativo, con el dictado de disposiciones reglamentarias de diversas instituciones que diseña la Ley Fundamental reformada.

Muchas veces se ha dicho que la Argentina es un país sólo *formalmente* federal. Sin duda, no es éste el lugar para discutir la validez o no de tamaña afirmación. Sin embargo, no parece aventurado diagnosticar que, efectivamente en ocasiones nuestro federalismo evidenció flaquezas, para luego resurgir con cierto vigor, incluso bajo nuevos perfiles (federalismo de concertación)². Y si bien sería ingenuo pensar que el objetivo pedagógico trazado como finalidad de este nuevo emprendimiento cultural pueda constituir el remedio contra aquellas flaquezas, creo que no nos equivocamos si vaticinamos que merced a la difusión y al conocimiento de la cultura jurídica provincial, al menos implícitamente, se está realizando un aporte —quizá modesto, pero no por ello menos importante— para el fortalecimiento de nuestro federalismo político. Hace ya bastante tiempo, RICARDO C. NÚÑEZ lo dijo en forma preclara en palabras que —me parecen— las más adecuadas, para cerrar el cometido que se me ha encomendado: “No he de ser yo quien escatime elogios a una labor como ésta [...] por su valor como expresión y sedimentación de un real federalismo jurídico, base esencial del federalismo político. Sin la existencia y expresión local de lo que la Constitución Nacional, ha conservado como materia legislativa entregada al manejo exclusivo de las provincias, el régimen federal no podrá lograr estabilidad ni manifestación precisa frente a los limitados poderes de gobierno concedidos por la Constitución al gobierno federal. Para comprender la necesidad de recapacitar sobre este tema basta advertir lo que va entre lo que en

¹ Cfr. GUILLERMO BARRERA BUTELER, *Provincias y Nación*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 38.

² Cfr. PEDRO J. FRÍAS, *El proceso federal argentino. De la decadencia a la recuperación*, Córdoba, 1988, pp. 11/61.

1853 y en 1860 se quiso según las reglas de la Constitución, y lo que la realidad nos muestra desde hace tiempo y sobre todo ahora. Abrigo esperanzas de que el derecho positivo, cuya virtud no reside en representar un derecho esencialmente justo para cada uno de los sometidos a él, sino en proporcionar una regla de convivencia que evita quedar sometidos al triunfo de la fuerza entre los interesados o a la orden superior, también nos ofrezca una regla de convivencia federal”³.

Neuquén, 13 de octubre de 2006

³ Cfr. RICARDO C. NÚÑEZ, “Presentación”, en MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO, *Doctrina penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba*, Volumen I, Depalma, Buenos Aires, 1983, pp. VII y VIII.

Estudio sobre la regulación de las nulidades en el Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén¹

Por GUSTAVO A. AROCENA

A Teresa Catalina Ruggia de Chiambretto

“Conviene que la instrucción del proceso esté ajustada a formas fijas, precisas, regulares, a fin de no conducirse de una manera arbitraria en la cosa más grave del mundo. Por lo tanto, nunca será bastante fijar toda la atención en esta parte de la legislación criminal. No solamente es indispensable arreglar todos los actos y la forma de cada uno en particular, sino también asegurar la observancia de estas reglas, declarando nulo todo lo que se haga contra ellas”².

I. Introducción

1. No hay inconvenientes para reconocer que las *formas procesales* constituyen una *condición necesaria* para la realización de un proceso penal propio de un Estado de Derecho.

Si este último es, como creemos, aquella “figura decidida a ejercer su monopolio de la violencia siguiendo los dictados de la ley y a intentar que los afectados se vean lesionados lo menos posible”³, resulta imprescindible un instrumento que, mediante la determinación de las condiciones de validez de los actos idóneos para la construcción de un *proceso previo* (art. 18 de la C.N.), indique las *reglas de juego insustituibles*⁴ para la elaboración del único medio apto para enervar el estado jurídico de inocencia de toda persona: la sentencia definitiva.

Se advierte, así, que el cumplimiento de la función de las normas penales materiales consistente en el aseguramiento de los presupuestos fundamentales de la convivencia humana pacífica, sólo puede lograrse mediante un procedimiento regulado jurídicamente⁵.

Es la *ley procesal penal*, precisamente, la que cumple aquel cometido. Lo cumple, desde algún punto de vista, *reformulando* o *reglamentando*, en el sentido del art. 28 de nuestra Constitución Nacional⁶, el Derecho constitucional nacional. El ejercicio del poder penal del Estado es una actividad que se encuentra regulada, como una forma de traducir a la realidad cotidiana de la persecución penal la protección necesaria de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional para quien es perseguido penalmente⁷.

Con arreglo a lo expresado, aunque la sentencia consiga establecer la culpabilidad del acusado, el juicio sólo será adecuado al ordenamiento procesal (principio de formalidad), cuando ninguna garantía formal del procedimiento haya sido lesionada en perjuicio del imputado⁸.

¹ Nos hemos ocupado *in extenso* de la temática que se trata en este artículo, aunque tomando como enunciados de base principalmente las normas del Código Procesal Penal de Córdoba —ley N° 8123—, en nuestra obra *La nulidad en el proceso penal*, 2ª edición ampliada y actualizada, Mediterránea, Córdoba, 2004.

² Cfr. MARAT, JEAN PAUL, *Plan de legislación criminal*, traducción al castellano por A.E.L., colección Criminalistas Perennes, volumen 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 180.

³ HASSEMER, WINFRIED, *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. F. Muñoz Conde y M. del M. Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 256.

⁴ Ellas son, por otro lado, presupuesto insoslayable de la *seguridad jurídica*.

⁵ Cfr. ROXIN, CLAUS, *Derecho procesal penal*, 25ª edición, trad. G. Córdoba y D. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 1.

⁶ MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 163.

⁷ Cfr. MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal...*, cit., t. I, p. 164.

⁸ Cfr. ROXIN, CLAUS, *Derecho procesal...* cit., p. 2.

El criterio rector que define la conformidad de la actuación estatal con el principio del Estado de Derecho ha de surgir siempre de la *confrontación de una actividad concreta del Estado con las disposiciones de la ley que la autoriza*, ya que si el proceso en su totalidad es, en su aspecto decisivo, un conjunto de actos de coerción y no hay coerción sin ley, entonces *siempre habrá una norma reguladora de toda actividad estatal concreta realizada en el marco del proceso*⁹. La actuación **dentro de esos límites**, concluye, **será admisible para el principio del Estado constitucional de Derecho; la que los desborde, inadmisibile**¹⁰.

Lo dicho, por cierto, no debe conducir a error.

Formalidad del procedimiento no equivale a *ciego formulismo*. Las *formas procesales* no constituyen un fin en sí mismas, sino que se orientan a la consecución de una meta principal en el procedimiento penal.

Precisamente, ellas establecen el *modo en que debe realizarse la actividad procesal*, con la finalidad inmediata o mediata de *hacer efectivas las garantías* que consagra la Constitución Nacional para proteger los intereses involucrados en el ejercicio de la función judicial del Estado en lo penal.

De consiguiente, deberá escudriñarse la garantía constitucional implicada en la consagración de determinada forma procesal para, de ese modo, dilucidar si la inobservancia de las pautas de actuación establecidas por la última debe necesariamente acarrear la privación de efectos jurídicos del proceder defectuoso.

Al haberse atemperado el rigor de la concepción formalística —manifiesta CLARIÁ OLMEDO—, resultan toleradas por la misma ley algunas inobservancias del rito, especialmente cuando no perjudican el ejercicio de la defensa o el debido cumplimiento de la labor acusatoria, o no contradicen los presupuestos o principios básicos del proceso¹¹.

En función de lo afirmado, acaso pueda postularse un *fundamento constitucional* de las nulidades procesales, que se erige en principio básico que justifica jurídicamente la invalidación de la actividad procesal defectuosa y que halla su razón normativa última en el art. 18 de la Constitución Nacional.

No es azaroso, entonces, que la doctrina erija a tal *preservación del debido proceso y de la inviolabilidad de la defensa en juicio* por medio de la conciliación de los derechos de la sociedad y del imputado, en **fin mediato** de la nulidad procesal, que se añade a su *finalidad inmediata* de apuntalar “el buen orden del proceso”¹².

La mera irregularidad, por su lado, y según se verá, no acarrea necesariamente la privación de eficacia jurídica al acto procesal cumplido en tales condiciones.

2. Es defectuoso el acto procesal penal que no reúne los requisitos propios de su correspondiente especie al apartarse de la configuración legal¹³. Pero no basta ese apartamiento para llegar a la ineficacia, y cuando se dan las circunstancias que permiten llegar a ella, el rigor no es siempre el mismo¹⁴.

El acto procesal, entonces, puede ser eficaz no obstante su imperfección, lo que resultará de la valoración legal de sus específicos requisitos¹⁵.

Puede postularse, pues, una suerte de **progresión** de los vicios del acto procesal¹⁶ y el consiguiente tratamiento jurídico diferenciado de éstos, conforme la relevancia del defecto¹⁷ de que se trate.

Algunos de los elementos del acto procesal —explica CREUS— sólo están destinados a unificar los modelos formales para que permitan su inmediata distinción de otros y su incumplimiento no desmerece la validez del acto¹⁸. Trátase, en suma, de **meras irregularidades**.

En otras hipótesis, la imperfección del acto conduce a su invalidez y consecuente ineficacia, cuando aquélla es captada por la ley como trascendente para el proceso, al punto de autorizar o imponer la in-

⁹ PASTOR, DANIEL R., “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, La lectura - Lerner, Córdoba, 2001, p. 821.

¹⁰ PASTOR, DANIEL R., “Acerca de presupuestos...”, cit., p. 821.

¹¹ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal penal*, actualizado por CARLOS A. CHIARA DÍAZ, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 213.

¹² Cfr. TORRES, SERGIO G., *Nulidades en el proceso penal*, 4ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 32; donde, además, el autor enfatiza: “[...] la nulidad es el guardián de las garantías constitucionales en el proceso penal”.

¹³ Cfr. CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 213.

¹⁴ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 213.

¹⁵ Cfr. CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 214.

¹⁶ CREUS, CARLOS, *Invalidez de los actos procesales penales*, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 8.

¹⁷ Ello obedece a que no todos los elementos de un acto procesal “son requeridos por la ley con la misma intensidad en cuanto a su necesidad” (CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 8).

¹⁸ CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 8.

¹⁹ Aunque los defectos respecto del *tipo procesal* son los mismos en el acto inadmisibile y en el acto nulo “y las

validación de aquél *ab initio* o *a posteriori*, de oficio o a instancia de parte. Son los casos de **inadmisibilidad** o **nulidad del acto procesal**¹⁹.

La mera irregularidad, pese a los defectos que introduce en el acto, no elimina la *individualidad procesal* de éste y, por ende, no entorpece sus repercusiones finales. En cambio, el acto es inadmisibile o nulo, cuando la incongruencia entre lo actuado y el tipo procesal es de tal magnitud que la individualidad final que éste asigna no aparece en aquél²⁰, razón por la cual se impide el ingreso jurídico del acto en el proceso o se lo invalida en su eficacia si ya ha ingresado.

En otros términos, cuando el vicio presenta tal importancia que compromete de un modo sensible la idoneidad del acto para producir sus efectos jurídicos, la ley hace depender de ello la *validez* y consiguiente *eficacia* del acto mismo²¹.

Por último, hay defectos que no sólo le quitan al acto los efectos *en el proceso*, como ocurre en el caso de la inadmisibilidad y la nulidad, sino cualquier efecto *para el proceso*²². Ese acto, en cuanto tal, es jurídicamente **inexistente**²³.

Así como la inadmisibilidad y la nulidad se engendran en vicios que conmocionan la identidad procesal del acto; la inexistencia se origina en vicios que desplazan su propia juridicidad en general²⁴. Por consiguiente, los actos que durante el curso del proceso hubiesen tenido que ser declarados inadmisibles y los afectados por los más graves vicios nulificantes, devienen en actos cuyos efectos se tornan permanentes sin poder ser atacados, desde el momento en que se da la vigencia de la cosa juzgada²⁵. De aquí que pueda afirmarse que la nulidad es una “calificación negativa *endoprocesal*”²⁶. Por el contra-

repercusiones en el proceso se asimilan” (cfr. CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 10), la nítida diferenciación entre ambas causales de invalidez de los actos procesales tiene suficiente fundamento teórico y debe mantenerse. No sólo la **forma de aparición** de tales causales de invalidación es distinta; también lo es el **momento de constatación de ellas**. En relación con el primer aspecto, MAIER recalca que, en el caso de la *inadmisibilidad*, el acto se presenta o se realiza frente a o en presencia de la autoridad encargada de criticarlo respecto de su validez. Cuando faltan algunos de los requisitos del acto mediante el cual se impugna una decisión judicial, afirma, el juez no lo declara nulo, sino que lo rechaza o, lo que es lo mismo, no lo *admite* (cfr. MAIER, JULIO B. J., *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 140 y 141). Pero, además de ello, resulta dirimente para justificar la diferenciación de los institutos que el acto viciado sujeto a inadmisibilidad debe emanar de una de las partes, defensores o mandatarios, o de terceros que incidentalmente se introduzcan al proceso. Se excluye en general el acto del tribunal y el fiscal en su desempeño como encargado de la investigación penal preparatoria, y los de parte en que los nombrados órganos judiciales deben necesariamente intervenir mientras se cumple. Lo afirmado se explica en razón de que en dichos casos el acto resulta incorporado jurídicamente al proceso mientras se cumple por ser el juez y el fiscal a cargo de la investigación sujetos de él (cfr., *mutatis mutandis*, CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 224). Quienes propician la unificación de la inadmisibilidad y la nulidad en un solo concepto (nulidad) soslayan esta distinta forma de aparición de unas y otras, y atienden más a su efecto que a su causa (cfr. DE LA RÚA, FERNANDO, *La casación penal*, con la colaboración de F. Díaz Cantón, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 73). Por otro lado, respecto del *momento de constatación de la causal de invalidación*, corresponde destacar que, al tiempo que la inadmisibilidad impide *ab initio* que el acto que realizan las partes (y a veces terceros) produzca efectos procesales, cualquiera fuere la razón provocadora del vicio, la nulidad elimina los efectos producidos por el acto irregular, extirpa del proceso al acto viciado con todas sus ramificaciones perjudiciales (cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, pp. 216, 223 y 229). Tales circunstancias permiten comprender la razón por la cual se sostiene que la inadmisibilidad funciona como medio anticipado para la nulidad (cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 216).

¹⁹ Cfr. CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 9.

²¹ Cfr., con algunas modificaciones por nosotros introducidas, CARNELUTTI, FRANCESCO, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. S. Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1950, vol. III, p. 189.

²² CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 11.

²³ “Se suele entender por inexistencia de una norma —señala PÉREZ TRIVIÑO— el hecho de que carezca de las más indispensables y evidentes características que permiten calificarla como jurídica, puesto que viola las disposiciones relevantes que reglamentan su producción. Esto provoca que no tenga apariencia de tal —añade—, y por ello, no hace falta acudir al juez para declarar su nulidad: por ejemplo, la orden de que cese la lluvia, una pena de muerte impuesta por un alcalde, un Decreto dictado por un particular, etc.” (cfr. PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ L., “Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del Derecho y la dogmática jurídica”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 22, 1999, p. 275).

²⁴ Cfr. CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 11.

²⁵ Cfr. CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 11. Se trata de una consecuencia del *carácter meramente procesal de las nulidades formales*, “que no pueden hacerse valer sino en lo interno del proceso” (SATTA, SALVATORE, *Manual de derecho procesal civil*, trad. S. Sentís Melendo y F. de la Rúa, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, vol. I, p. 244).

²⁶ Cfr. CORDERO, FRANCO, *Procedimiento penal*, trad. J. Guerrero, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, t. II, p. 414; con bastardilla nuestra. En ese lugar, el Catedrático de la Universidad de Roma agrega, aludiendo a las características de las anomalías que conducen a la nulidad de los actos procesales, que “una vez concluido irrevocablemente el juicio, no interesa ya saber qué ocurrió en él” (CORDERO, FRANCO, *Procedimiento penal* cit., t. II, p. 414). Por cierto que

rio, los actos inexistentes nunca producen efectos jurídicos, ni siquiera mediando la cosa juzgada, porque su misma inexistencia lo ha tornado imposible^{27 28}.

En opinión de CLARÍA OLMEDO, la inexistencia del acto debe quedar subsumida en la nulidad, puesto que sólo anulándolo se hace posible extirpar al acto inexistente del proceso con todos los efectos indebidamente producidos²⁹.

Pero la inexistencia es una categoría perteneciente a otro mundo, que no es el del proceso y, por tanto, *no existe en él*; el acto nulo, en cambio, es un acto que existe en el proceso, del que puede desaparecer, como puede que su viabilidad se afirme definitivamente³⁰.

II. Concepto de nulidad procesal penal

La nulidad procesal penal, según nuestra opinión, es la *invalidación de los actos procesales penales cumplidos e ingresados en el proceso sin observarse las exigencias impuestas para su realización por la ley y como condición de validez*.

Analicemos los elementos que deben confluír para la configuración de la nulidad.

1. Hemos prescindido de calificar a la nulidad como una sanción procesal.

Sin perjuicio de que empujada doctrina³¹ le atribuye esa calidad, y de que el Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén (ley N° 1677³²) —entre otras leyes— alude a ella como una “*pena*”³³, somos de opinión distinta. La teoría general del derecho brinda variados y fuertes argumentos en favor de la negación del carácter de sanción de la nulidad³⁴.

Las normas que prevén la nulidad no consolidan el castigo por la violación de un determinado deber, ni se orientan a la evitación de conductas indeseadas³⁵. Ellas constituyen reglas que *pierden su sen-*

la caracterización de la nulidad como “calificación negativa *endoprocesal*” es igualmente aplicable a la inadmisibilidad.

²⁷ Cfr. CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 12. Allí, el autor ejemplifica adecuadamente, señalando que es obvio que la sentencia dictada por quien no es juez —hipótesis de inexistencia de acto— es diametralmente diferente a la sentencia típicamente defectuosa dictada por quien es juez —caso de nulidad del acto.

²⁸ Débese a ello que se afirme que, aun cuando todo tipo de irregularidad procesal es, en principio, susceptible de remediarse mediante el consentimiento expreso o presunto de la parte a quien ella perjudica, “el principio de convalidación no juega tratándose de actos inexistentes” (CONDORELLI, EPIFANIO J. L., “Presupuestos de la nulidad procesal”, en AA.VV., *Estudios de las nulidades procesales*, Hammurabi, Buenos Aires, 1980, p. 106).

²⁹ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 230.

³⁰ CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 13.

³¹ Para AYÁN, por ejemplo, tanto la nulidad, como la caducidad, la preclusión y la inadmisibilidad, son sanciones procesales, vale decir, “amenazas que se ciernen sobre los actos procesales por el incumplimiento de formas prescriptas por la ley (inadmisibilidad y nulidad), o porque los poderes jurídicos de los sujetos procesales no han sido ejercidos adecuadamente (caducidad y preclusión)” —AYÁN, MANUEL N., *Recursos en materia penal. Principios generales*, 2ª edición, actualizada por GUSTAVO A. AROCENA y FABIÁN I. BALCARCE, Lerner, Córdoba, 2001, pp. 124 y 125—. De igual modo CLARÍA OLMEDO considera a la nulidad una sanción procesal, aunque niega tal carácter a la caducidad y a la preclusión, a las que estima *causas de sancionabilidad procesal* (cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 216). Aunque admite el carácter de sanción procesal, tanto de la nulidad, cuanto de la inadmisibilidad, por razones de método, DE LA RÚA intenta demostrar “que una y otra se sintetizan en la fórmula unitaria de la nulidad y se rigen por principios comunes” (cfr. DE LA RÚA, FERNANDO, voz “Sanciones procesales” en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968, t. XXV, p. 170). Por último, participa de la tesis de la nulidad como sanción procesal, TORRES BAS, RAÚL E., *Código Procesal Penal de la Nación (Concordado - Comentado - Anotado)*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1996, t. I, p. 626, nota 1 al art. 166.

³² Sancionada el 30 de diciembre de 1986, promulgada el 6 de enero de 1987 y publicada el 6 de febrero de 1987.

³³ Así lo hace, por ejemplo, en los artículos 97, 150, 282, 328 y 330.

³⁴ Aunque informa que dentro de la teoría del Derecho “se ha intentado en diversas ocasiones asimilar la nulidad a la sanción con el fin de mostrar que el Derecho guía la conducta de los individuos de un único modo”, AGUILÓ REGLA reconoce: “Las críticas que se han formulado a estos intentos son [...] incontestables” (AGUILÓ REGLA, JOSEP, “Sobre ‘definiciones y normas’”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 8, 1990, p. 281).

³⁵ Así, por ejemplo, cuando el art. 369 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén establece los requisitos formales que debe respetar el acto del Tribunal para ser considerado *sentencia válida*, no está significando que la inobservancia de aquéllos determinará la imposición de una sanción al órgano judicial, sino sólo que, en tal supuesto, *su acto carecerá de validez jurídica*. Prueba de ello es, tal vez, el artículo 156 de este digesto, que dispone: “Cuando un tribunal superior declare la nulidad de actos cumplidos por un inferior, podrá disponer su apartamiento de la causa o imponerle las medidas disciplinarias que le acuerde la ley”. Dichas *medidas disciplinarias* sí constituyen sanciones de tipo disciplinario que se reconocen a los tribunales de alzada, es decir,

tido si se suprime la consecuencia que importa la nulidad en vinculación con la inobservancia de determinados requisitos.

Las normas que establecen nulidades en el proceso penal son reglas *que confieren potestades* a los sujetos que intervienen en el mismo para la válida realización de los actos procesales que ellas regulan.

Su objeto es, entonces, *definir las condiciones y límites bajo los cuales dichos actos serán válidos*.

Desde este punto de vista, se puede aseverar que las normas que consagran nulidades constituyen reglas **anankástico-constitutivas**, pues *ponen* condiciones necesarias para que un acto o circunstancia posea un determinado valor, es decir, presuponen la entidad o acto sobre el que versan y señalan ciertas condiciones necesarias para que tal entidad o acto tenga un concreto valor³⁶.

Son, en definitiva, reglas que condicionan si una entidad jurídica de una determinada clase —un acto procesal penal— “tiene un determinado valor, en concreto, el de la validez”³⁷.

La voluntad de resaltar tal circunstancia, pues, justifica que incluyamos entre las notas definitorias del concepto de nulidad que la invalidación que ella significa deviene como consecuencia de la inobservancia de exigencias formales establecidas como *condición de validez de los actos procesales*.

Si el último extremo no integrara el concepto de *nulidad*, acaso podría arribarse a la inadmisibles conclusión de que aquellos requisitos formales, a cuyo incumplimiento se subordina la efectividad de la nulidad, se enderezan a la proposición de *motivos para alentar la realización de determinados actos procesales*.

Postular que la nulidad constituye una sanción procesal, precisamente, importa afirmar de modo implícito tal cosa, lo que, repetimos, según las razones que hemos expuesto, no puede ser razonablemente sostenido.

2. La nulidad, dijimos, importa la **invalidación** de los actos procesales penales.

A. *Invaldar* un acto procesal penal equivale a hacerlo inválido, privarlo de los efectos que la ley le atribuye, *declarar* la ineficacia del mismo.

Esta característica definitoria de la nulidad procesal penal, pues, estriba en *la acción que lleva a cabo un órgano jurisdiccional extirpando los efectos jurídicos de un acto procesal irregular, y no en la cualidad que adquiere el acto tras esa declaración*.

Lo aseverado es de tal forma, habida cuenta que el acto típicamente defectuoso no es inválido en tanto no medie una *expresa declaración jurisdiccional en tal sentido*, la que, incluso, puede no producirse nunca en el desarrollo de determinado proceso penal. Si esto último ocurriera, el acto defectuoso devendría inconvencible en razón de la consolidación propia de la cosa juzgada³⁸ de la sentencia definitiva firme³⁹. La cosa juzgada traduce allí una causal de subsanación de la nulidad procesal⁴⁰.

En términos sencillos, la invalidación que define a la nulidad procesal penal es la *declaración jurisdiccional de invalidez de un acto procesal defectuoso*.

Parafraseando a CLARÍA OLMEDO, ella consiste en el *acto jurisdiccional invalidatorio*⁴¹.

a los tribunales competentes para conocer de los recursos con efecto devolutivo. Si la *invalidez* del acto defectuoso del tribunal consistiera en una sanción, resultaría irrazonable que la ley admitiera la posibilidad de *otra sanción, una de tipo disciplinario que se agregaría a la “sanción de invalidez del acto”*, con fundamento en una *conducta indeseable* del órgano jurisdiccional.

³⁶ Cfr. PEÑA FREIRE, ANTONIO M., “Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 22, 1999, p. 386.

³⁷ *Mutatis mutandis*, PEÑA FREIRE, ANTONIO M., “Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas” cit., p. 402.

³⁸ Recuérdese que la cosa juzgada tiende un manto inviolable que constituye una forma de sanatoria general y contundente para todas las nulidades que hubieran podido declararse mientras el proceso estaba abierto, y que esta sanatoria alcanza aun a las nulidades absolutas (cfr., *mutatis mutandis*, DE LA RÚA, FERNANDO, voz “Sanciones procesales” cit., pp. 173 y 174). Es por ello que DESIMONI y TARANTINI señalan: “La sanabilidad de la nulidad absoluta **sólo se opera mediante la cosa juzgada**, a diferencia de la nulidad relativa que puede subsanarse en cualquier instancia del proceso” (DESIMONI, LUIS M. - TARANTINI, RICARDO S., *La nulidad en el proceso criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 29, con remarcado añadido).

³⁹ En el marco de la ley procesal penal neuquina, ello surge de la disposición del artículo 151, en cuanto establece que las nulidades deberán ser declaradas de oficio *en cualquier estado y grado del proceso*, lo que equivale a decir tanto como *mientras dure el proceso*.

⁴⁰ CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 81.

⁴¹ Cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 214, en donde el autor alude a “sanción invalidatoria”.

B. Repárese en que hemos aludido al acto invalidatorio *jurisdiccional*.

Sólo tiene competencia para declarar la nulidad procesal, el *Tribunal*, vale decir, el órgano judicial investido de *potestad jurisdiccional*⁴².

Ello es así, en primer lugar, porque la propia literalidad de la ley alude a *Tribunal* cuando, en el art. 151 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, establece el régimen general de la declaración de la nulidad (*argumento literal*).

Fuerza es destacar que la citada norma, no constituye una *regla cualquiera* de las que integran el capítulo de la ley procesal penal neuquina que se ocupa de las nulidades⁴³.

Por el contrario, se trata, según remarcamos, de la norma que dispone el *régimen general de la declaración de la nulidad*.

Con arreglo a la denominación que encabeza dicho art. 151 de la ley de rito mencionada (“Declaración”), no es otra la más razonable conclusión a la que puede arribarse.

Pero, además, debe repararse en la remisión al procedimiento previsto para el recurso de reposición que, a la hora de regular la tramitación del incidente de nulidad, hace el último párrafo del art. 153 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén.

El medio impugnativo mencionado, precisamente, es resuelto por “el *Juez*” (art. 406 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén), mediante auto y previa vista a los interesados.

Por imperio de aquella remisión, entonces, también será decidido por un órgano jurisdiccional dicho incidente de nulidad.

Pero, además, la atenta *lectura de la norma del último párrafo del art. 153 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén* hace posible sostener, sin hesitación, que la interposición de la instancia de la nulidad provoca un *incidente*.

Incidente es, en sentido propio, un planteamiento accesorio, de naturaleza generalmente procesal, suscitado con ocasión del proceso y que abre una vía de trámite distinta de la principal⁴⁴.

Por regla, aquél debe resolverse mediante *auto* (art. 105 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Este último se trata de una resolución jurisdiccional, vale decir, una manifestación de voluntad del juzgador con eficacia dispositiva sobre el contenido sustancial o formal del proceso penal en que se emite⁴⁵, que, junto con la sentencia y el decreto, agota el catálogo de resoluciones mediante las cuales el órgano investido de potestad jurisdiccional puede dar sus decisiones (art. 105 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Ciertamente, falta en los representantes del Ministerio Fiscal la nombrada potestad jurisdiccional, de lo que se sigue, inequívocamente, que no pueden ellos dictar un *auto que resuelva el incidente de nulidad*.

En términos equivalentes, los representantes del Ministerio Público carecen de atribuciones suficientes para dictar la única resolución idónea para la resolución de un incidente del proceso: el *auto*.

Súmase a lo dicho, como *argumento sistemático adicional* para refirmar nuestra tesis, que el conjunto de las normas de la ley neuquina que tiene por objeto la específica regulación de la nulidad⁴⁶, hacen referencia exclusiva al *Tribunal*, y no al *Fiscal de Instrucción, representante del Ministerio Público u órgano judicial*.

Ejemplo de lo dicho son las normas del art. 155, en cuanto dispone en su párrafo segundo que, al declarar la nulidad, el *Tribunal* interviniente establecerá, además, a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad, por conexión con el acto anulado; y del art. 191, que señala que, cuando un *Tribunal* superior declare la nulidad de actos cumplidos por uno inferior, podrá disponer su apartamiento de la causa e imponerle las medidas disciplinarias que le acuerde la ley, o solicitarlas al Tribunal Superior.

⁴² Ella ha sido definida como “la potestad —atribuida por la Constitución a un órgano específico del Estado y disciplinada por el derecho procesal— de investigar la verdad y actuar en concreto la ley sustantiva, que se ejerce definitivamente cuando el Tribunal decide el caso singular sometido a proceso y ejecuta la sentencia firme” (cfr. VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal*, 3ª edición, 2ª reimpresión, actualizada por MANUEL N. AYÁN y JOSÉ I. CAFFERATA NORES, 2ª reimpresión, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1986, t. II, p. 301). Una de las manifestaciones de ese poder abstracto es la potestad decisoria, la que se ejerce cuando el Tribunal se pronuncia sobre alguna cuestión formal o incidental, o sobre el fundamento de las pretensiones deducidas (cfr. VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal* cit., t. II, pp. 306 y 307). Nótese, en lo que aquí interesa, que la instancia de nulidad determina, precisamente, un *incidente* del proceso penal.

⁴³ Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, Libro Primero, Título V, Capítulo VII, artículos 149 a 156.

⁴⁴ Cfr. AYÁN, MANUEL N., *Recursos...* cit., p. 182.

⁴⁵ Cfr. AYÁN, MANUEL N., *Recursos...* cit., p. 181.

⁴⁶ Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, Libro Primero, Título V, Capítulo VII, artículos 149 a 156.

En pocas palabras, la interpretación sistemática de la ley permite postular que la *declaración* de la nulidad consolida un reflejo de la actividad decisoria dentro del proceso, que es innegablemente privativa de un órgano jurisdiccional.

3. La nulidad se produce respecto de actos *cumplidos e ingresados en el proceso*.

La presente característica reviste particular relevancia en orden a la distinción entre la nulidad y la inadmisibilidad, como causales de invalidación de los actos procesales.

Recuérdese que la inadmisibilidad funciona como un medio anticipado para la nulidad⁴⁷.

Para diferenciarlas, corresponde reparar tanto en la *forma de aparición* de las mencionadas causas de invalidación, cuanto en el *momento de constatación de las mismas*.

En la *inadmisibilidad*, el acto procesal imperfecto emana generalmente de una de las partes, defensores, mandatarios o terceros que incidentalmente se introducen al proceso y se presenta o se realiza frente a, o en presencia de, la autoridad encargada de criticarlo respecto de su validez, por lo que el juez, cuando falta algún requisito de validez del acto, no lo *admite*.

En la *nulidad*, por el contrario, tal estado de cosas no se verifica.

Puede ocurrir que el acto procesal sea cumplido por una de las partes, defensores o terceros aludidos, y que, por su imperfección, reclame una declaración de inadmisibilidad que, por razones diversas, nunca es dictada.

Posible es, también, que el acto defectuoso dimane del propio juez, o que se trate de actos de parte viciados en que los nombrados órganos judiciales deben necesariamente intervenir mientras se cumple. El acto, en estas hipótesis, resulta incorporado jurídicamente al proceso mientras se realiza por ser el juez sujetos de él.

Se advierte, pues, que en los supuestos planteados el acto ha sido cumplido y ha ingresado al proceso penal, con lo cual la evitación *ab initio* de todo efecto jurídico del acto defectuoso mediante la declaración de su inadmisibilidad resulta imposible.

Es allí, precisamente, donde debe la nulidad cumplir su propia función.

Así, mediante la declaración de invalidez jurídica del acto imperfecto, la nulidad elimina los efectos producidos por éste, extirpa del proceso al acto viciado con todas sus ramificaciones perjudiciales.

4. Por imperio del sistema de nulidad legalista o de taxatividad normativa que adopta el Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén (art. 149), la irregularidad formal del acto procesal sólo habilitará la declaración de su invalidez jurídica, cuando aquélla obedezca a la inobservancia de *exigencias impuestas para su realización por la ley y como condición de validez de los mismos*.

De aquí que la *perfección* del acto no deba ser equiparada a la *eficacia*.

Muchos actos procesales pueden ser eficaces, no obstante su imperfección⁴⁸.

La idea de *ineficacia* nos conduce al campo de los *presupuestos de validez de los actos procesales*, y debe fluir de un defecto del acto mismo, sea en su estructura integral o en cualquiera de los requisitos que lo integran⁴⁹, que justifique la declaración de su invalidez.

Es menester recordar, a este respecto, la idea de *gradación de las formas procesales*, que permite distinguir entre requisitos formales irrelevantes para la validez del acto y requisitos formales dirimientes a tal fin. Sólo la inobservancia de los últimos justifica la invalidación del acto procesal defectuoso ya ingresado al proceso, el enervamiento de su eficacia jurídica.

Como consecuencia del referido *sistema legalista de nulidad*, deberán escudriñarse las concretas previsiones de la ley para individualizar los *requisitos formales esenciales del acto procesal*.

Se trata de exigencias erigidas en *condiciones de validez* del acto procesal, en razón de su singular trascendencia en la consecución de los fines del proceso y en el logro del destino específico de la concreta actividad⁵⁰.

En punto a la invalidación, entonces, rige un criterio selectivo, conforme el cual no es privada de validez jurídica cualquier irregularidad formal⁵¹.

⁴⁷ Cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 216.

⁴⁸ Vid. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., "Nulidad en el proceso penal", en Cuadernos de los Institutos, N° 95, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1967, p. 92.

⁴⁹ *Mutatis mutandis*, CLARÍA OLMEDO, JORGE A., "Nulidad en el proceso penal" cit., p. 92.

⁵⁰ Cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., "Nulidad en el proceso penal" cit., p. 93.

⁵¹ Cuando menos —recalca CLARÍA OLMEDO— se requiere el respeto a los presupuestos procesales, un mínimo de ejercicio de la defensa y el mantenimiento del equilibrio entre las partes conforme a las reglas de la igualdad y del contradictorio en su consideración formal (CLARÍA OLMEDO, JORGE A., "Nulidad en el proceso penal" cit., p. 92).

El criterio que puede columbrarse como subyacente en la determinación legal de las formalidades que valen como requisitos de validez del acto procesal, es aquel conforme el cual la ley subordina la calificación de una exigencia formal como necesaria para la validez del acto, a que ella sea indispensable para evitar perjuicios al ejercicio de la defensa o al debido cumplimiento de la labor acusatoria, o que no contradiga los presupuestos o principios básicos del proceso.

III. Causas de la nulidad⁵²

1. Las causales de nulidad pueden ser todas las que, en general, provocan la invalidación de los actos procesales penales⁵³.

La diferencia entre causas y acto invalidatorio es técnica, “pero también tiene valor práctico ya que, al ubicar los conceptos en un plano más lógico, permite una interpretación adecuada de los textos legales”⁵⁴.

Los códigos no son sistemáticos ni completos en la determinación de las causales de invalidación. En realidad, ellos se refieren en forma genérica a la observancia de las disposiciones legales impuestas imperativamente de manera expresa (art. 149 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén), sea para la estructura del acto, sea respecto del poder para actuar válidamente de quien cumple el mismo.

Lo expuesto permite distinguir entre *causales objetivas* y *causales subjetivas* de invalidación procesal. En rigor, sólo una es, según se verá, la que puede individualizarse como causal objetiva. Varias son, en cambio, las manifestaciones que pueden revestir las causales subjetivas, según los distintos motivos por los cuales se carece de la facultad para actuar válidamente en relación con un acto concreto o toda una actividad de variable desarrollo.

2. Causal objetiva de invalidación es el *vicio del acto en sí*, lo que implica su deficiencia estructural⁵⁵.

El acto procesal es estructuralmente deficiente, explica CLARIÁ OLMEDO, cuando su conformación integral no coincide con los elementos externos o circunstancias de modo previstos por la ley para su regularidad formal⁵⁶. Debe tratarse, en definitiva, de un acto mal hecho.

Numerosos son los ejemplos que pueden darse de este motivo de nulidad.

Son manifestaciones de la falta de coincidencia entre la concreta realización del acto procesal y las exigencias formales externas del tipo procesal⁵⁷, *verbi gratia*, los supuestos del procesamiento dispuestos mediante un auto que no contiene los motivos en que la decisión se funda (art. 283 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén), la acusación oscura (art. 312 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén), el acta de debate que no incluye las instancias y conclusiones del Ministerio Fiscal y de las partes (art. 359, inc. 5, del C.P.P. de la Provincia de Neuquén y la sentencia cuya fundamentación es contradictoria —art. 369, inc. 3, del C.P.P. de la Provincia de Neuquén—).

Deficiencias vinculadas con las circunstancias de modo contempladas por la ley para la regularidad del acto, por su parte, pueden hallarse, por ejemplo, en los casos de la realización de actos que por su naturaleza y sus características se deban considerar definitivos e irreproducibles sin la notificación previa a los defensores (arts. 182 y 183 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén) y del debate practicado por escrito (art. 328 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

3. Causal subjetiva de invalidación procesal es, genéricamente, la *ausencia o deficiencia de aptitud para actuar* con respecto a un concreto acto o una determinada actividad. Pero ella impone distinguir las diversas situaciones posibles que producen el vicio⁵⁸.

Así, puede suceder que se carezca de dicho poder *porque nunca se lo adquirió, porque se perdió o extinguió o porque el mismo se agotó*.

⁵² En relación con esta cuestión, adherimos, en lo sustancial, a la concepción de JORGE A. CLARIÁ OLMEDO.

⁵³ Cfr., *mutatis mutandis*, CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., “Nulidad en el proceso penal” cit., p. 93.

⁵⁴ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, pp. 216 y 217.

⁵⁵ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., “Nulidad en el proceso penal” cit., pp. 93 y 94.

⁵⁶ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 218.

⁵⁷ Es del caso recordar que el *tipo procesal* es el que enuncia, en la definición de un acto procesal determinado, los distintos elementos subjetivos (referidos a los sujetos), instrumentales (a los medios) y modales (a las circunstancias) que lo conforman. Cfr. CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 2.

⁵⁸ Cfr. CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 217.

a. La *ausencia de poder porque nunca fue adquirido* se trata de una causal de invalidación que no siempre está prevista en forma expresa por los códigos procesales penales, pero que surge del contexto general de sus disposiciones⁵⁹.

Cuando el sujeto actuante es un particular —enseña CLARÍA OLMEDO—, la carencia de facultad para actuar hace inadmisibile el acto y, en general, ocurre lo mismo cuando se trata del Ministerio Público. Pero si la inadmisibilidad no se declara, el acto defectuoso ingresado mantendrá su calidad de nulo, quedando sujeto a invalidación⁶⁰.

El vicio que nos ocupa puede resultar de razones objetivas o subjetivas.

Constituyen *razones objetivas* de la falta de adquisición del poder, las que se vinculan con el incumplimiento de un acto impuesto como previo o la ausencia de una situación procesal determinada anterior⁶¹.

La falta de cumplimiento de un acto impuesto en forma previa como razón objetiva de la no adquisición del poder de actuar se refiere concretamente a los presupuestos específicos del acto procesal penal⁶².

Ejemplo de esta hipótesis se encuentra en el art. 282 del Código Procesal y Penal de la Provincia de Neuquén, en cuanto establece como requisito previo para el dictado del procesamiento, la recepción de indagatoria al imputado. También en la norma del art. 225 del Código Procesal y Penal de la Provincia de Neuquén, que dispone que es nulo el testimonio si el testigo no prestó juramento antes de comenzar la declaración.

La necesidad de preexistencia de una situación procesal determinada, a su turno, implica un presupuesto genérico de la actividad respecto de los sujetos procesales⁶³.

Manifestación de este supuesto es la nulidad de todos los actos del juicio cuando no existió la acusación⁶⁴.

La no adquisición del poder por *razones subjetivas*, por su lado, se produce por la falta de calidad para actuar.

Los particulares carecen de facultad para actuar cuando no tienen el carácter legalmente exigido o media un impedimento absoluto respecto de una concreta actividad⁶⁵.

Es el caso, por ejemplo, de los Ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos, quienes, bajo pena de nulidad, deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión (art. 220 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Con relación a los funcionarios públicos, la calidad para actuar en el proceso depende de las circunstancias generales que legitiman su actividad: condiciones generales para el legítimo ejercicio de la función, y específicamente para actuar en el concreto proceso⁶⁶.

Proponemos como ejemplo de ello, el supuesto de un sobreseimiento dictado por el Fiscal de Instrucción (arg. art. 302 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén, en cuanto establece que sobreseimiento se dispondrá “por auto”, vale decir, a través de una resolución *jurisdiccional*).

b. La *pérdida o extinción* del poder que se tuvo para realizar actos procesales penales es problema que se manifiesta en la *caducidad* operada por el transcurso del plazo perentorio fijado para su cumplimiento⁶⁷. Si el acto se ejecutara no obstante haber vencido el plazo legal, será inadmisibile o nulo, vale decir, pasible de invalidación⁶⁸.

Cuando se trata de actos de las partes, la caducidad se erige en causa de inadmisibilidad. Cuando, por el contrario, se trata de actos del Juez de Instrucción en su carácter de director de la investigación penal preparatoria, es causa de nulidad.

Si, por ejemplo, el Tribunal no dicta oportunamente la sentencia penal (art. 365 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén), la que dictare con la misma integración será nula por cuanto los jueces quedaron apartados del proceso por razón de decadencia, debiendo el Tribunal dictar la sentencia personificado con otros jueces⁶⁹.

⁵⁹ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 219.

⁶⁰ Cfr., *mutatis mutandis*, CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 219.

⁶¹ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 219.

⁶² Ídem.

⁶³ Ibídem, p. 220.

⁶⁴ El ejemplo es de CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 220.

⁶⁵ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 220.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Cfr., *mutatis mutandis*, CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II., p. 220.

⁶⁹ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 221.

c. El *agotamiento de la facultad o poder*, por último, se muestra frente a una situación procesal ya creada.

Implica la imposibilidad de actuar como consecuencia de esa situación ya operada. Es una de las diversas manifestaciones del principio de *preclusión*⁷⁰.

La preclusión produce nulidad cuando el juez actúa a pesar de la incompatibilidad de ese acto con una conducta anterior, existiendo ya una situación consolidada o un momento procesal desarrollado en su integridad⁷¹.

Surge claro que la incompatibilidad de conducta es la base del impedimento para actuar. Si el acto se intenta cumplir o se cumple no obstante la preclusión, se estará frente a lo sujeto a invalidación por ser inadmisibles o nulos.

La instancia de sobreseimiento del defensor que renunció a oponerse al requerimiento de elevación a juicio (art. 314, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén), constituye un buen ejemplo de la clase de situaciones que caracterizan a la preclusión como causal de invalidación de los actos procesales penales.

IV. El sistema legalista de nulidades en el Código Procesal Penal de Neuquén

El art. 149 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén establece la *regla general* en materia de nulidades de la ley procesal penal cordobesa: “*Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad*”.

La norma concretiza la recepción del sistema legalista o de taxatividad normativa, según el cual la distinción entre *vicios accidentales* y *vicios esenciales* sólo puede surgir de la ley, y así surgirá cuando ésta establezca expresamente la invalidación del acto procesal mediante nulidad⁷².

En virtud de esta circunstancia, la interpretación judicial no puede ampliar la nulidad a otros casos no previstos, “ya que el legislador tiene el monopolio de las causales de invalidación de los actos procesales, estableciendo en custodia de aquél la interpretación restrictiva”⁷³.

La ley, entonces, es la que determina cuándo se está frente a una forma procesal esencial o accidental.

Consecuencia de ello es que hay nulidad cuando se ha incumplido una forma procesal esencial y no una accidental, en función de la selección que hace la ley de las formas procesales⁷⁴.

La conveniencia de este sistema estriba en el *mayor afianzamiento de la seguridad jurídica* que el mismo posibilita.

La correcta determinación del *alcance* de este principio general exige la formulación de algunas consideraciones.

1. Débese reiterar, en primer lugar, que la invalidación procesal tiene sus límites en su propio destino. No constituye un fin en sí misma, sino un instrumento enderezado a la preservación de las finalidades que persigue la formalidad inherente a la actividad procesal⁷⁵.

De aquí que no corresponda la invalidación de un acto procesal defectuoso mediante la declaración de nulidad, cuando el mismo, *no obstante su irregularidad, hubiera conseguido su fin con respecto a todos los interesados* (art. 154, inc. 3, del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Podría afirmarse que la regla general, entonces, es que *los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad y no hubieran conseguido su fin con respecto a todos los interesados*.

La sentencia, incluso, y conforme al criterio doctrinario dominante⁷⁶, *rige tanto para las nulidades relativas, como para las absolutas*, porque se estima que tampoco estas últimas pueden ser tributarias

⁷⁰ Cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 222.

⁷¹ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., “Nulidad en el proceso penal” cit., p. 95.

⁷² *Mutatis mutandis*, CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 233.

⁷³ Cfr. CAFFERATA NORES, JOSÉ I. – TARDITTI, AÍDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba...* cit., t. 1, pp. 443 y 444.

⁷⁴ PESSOA, NELSON R., *La nulidad en el proceso penal*, 2ª edición, Mave, Buenos Aires, 1999, p. 26.

⁷⁵ Es que, en definitiva, no puede existir declaración de nulidad, sea ésta genérica o específicamente conminada, absoluta o relativa, si no existe un interés afectado, vale decir, si la nulidad no beneficia procesalmente a la parte en cuyo favor se declara.

⁷⁶ Por todos, CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 245. De opinión contraria es VÉLEZ MARICONDE, quien manifiesta: “[...] serán subsanables porque el acto viciado ‘hubiera conseguido su fin con respecto a todos los interesados’ **solamente las nulidades relativas**” (cfr. VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal* cit., t. III, p. 140; con resaltado añadido).

de un ritualismo ciego que rinda homenaje al formal cumplimiento de la ley y olvide la *primordial finalidad tuitiva* de los derechos y garantías de las partes que las formas procesales poseen.

Es lo que CREUS denomina *criterio teleológico en la consideración del vicio del acto como fundamento de la declaración de nulidad*⁷⁷.

2. Por otro lado, la alusión a “*disposiciones expresamente prescriptas*”, cuya inobservancia es presupuesto de la invalidación del acto, no debe interpretarse referida sólo a las normas de la ley procesal penal.

La unidad del ordenamiento jurídico⁷⁸ y la función reglamentaria del Derecho constitucional que *define* al Derecho procesal penal imponen que el ordenamiento procesal penal se *integre*, además, con las disposiciones del orden jurídico constitucional del Estado⁷⁹.

En sintonía con ello, es dable manifestar que “legalidad de las nulidades” significa “previsto por la ley que regula la función judicial del Estado en lo penal”, expresión que, en lo que aquí interesa, incluye tanto las normas procesales penales, cuanto las normas constitucionales atinentes a la mencionada función⁸⁰.

La trascendencia de lo resaltado no es menor.

Ella se aprecia de manera diáfana, si se piensa específicamente en las nulidades conminadas en forma genérica por la ley (art. 150 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén), que captan actos o situaciones posibles de encuadrarse en ellas. La integración del orden jurídico procesal penal con las reglas jurídicas constitucionales, quizá *puede significar un sensible incremento de aquellas situaciones de posible subsunción en las “figuras genéricas” que delimitan las referidas conminaciones genéricas*⁸¹.

⁷⁷ CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 20.

⁷⁸ “[...] el principio de la unidad del orden jurídico de todo país [...] —apunta ORGAZ—, que rechaza la ‘independencia’ de cada sector del derecho con respecto a los demás, obliga a los intérpretes y aplicadores de la ley a forzar el enclaustramiento de su respectiva especialidad y a considerar el conjunto de la legislación, en especial las normas que son más afines a las que constituyen el objeto específico de su examen” (ORGAZ, ALFREDO, *La ilicitud*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba - Buenos Aires, 1973, p. 15). En razón de las características del Derecho procesal penal como Derecho constitucional reglamentado, nos atrevemos a remarcar que, en nuestra materia, la *consideración del conjunto de la legislación* que propone ORGAZ debe orientarse fundamental y específicamente a las normas del orden jurídico constitucional del país.

⁷⁹ Lo dicho adquiere particular relevancia si se repara en que, mediante la recepción por la Constitución Nacional reformada en 1994 de diversos tratados internacionales (art. 75, inc. 22, C.N.), se han incorporado al orden jurídico constitucional argentino distintos derechos vinculados a la función judicial en lo penal del Estado que no estaban previstos, al menos en forma expresa, por la Constitución Argentina de 1853. Medítese, por ejemplo, en el derecho de toda persona detenida o retenida *a ser juzgada dentro de un plazo razonable* (art. 7º, inc. 5, C.A.DD.HH. -1969), también previsto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (O.N.U., 1966) como *derecho de toda persona acusada de un delito a ser juzgada sin dilaciones indebidas* (art. 14, inc. 3, c), P.I.DD.C.P.).

⁸⁰ Bajo la rúbrica “Inobservancia de las garantías constitucionales como origen de la nulidad de carácter general”, CREUS asegura: “[...] es prácticamente una conclusión obligada que un acto, en cuya realización se han desconocido esas garantías [las constitucionales], no puede ser considerado válido por la circunstancia de que la ley haya omitido señalar, *de modo específico*, esa violación como fundamento de la declaración de nulidad” (CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., pp. 39 y 40 con bastardilla nuestra).

⁸¹ La concepción expuesta, por su parte, nos hace reflexionar sobre el grado de utilidad dogmático-jurídica (y la *efectiva necesidad, e incluso justificación*, dogmático-jurídica) de la categoría de las denominadas *nulidades virtuales o implícitas*. En lo tocante a este problema, CLARÍA OLMEDO sostiene que es indispensable aceptar algunas excepciones a la taxatividad, o si se quiere, reconocer que la regla de la nulidad expresa debe comprender algunas hipótesis que van más allá de la conminación individualizada en normas precisas referidas a un acto o a una generalidad de actos. Así ocurre —dice— frente a situaciones de *evidente perjuicio* para la regularidad fundamental del procedimiento, como el caso de la inobservancia a los presupuestos del proceso o de un acto procesal concreto. Si la nulidad no estuviera expresamente conminada en estos casos —concluye—, habrá de entenderse implícita en su individualidad (nulidades virtuales) por surgir de manera expresa del contexto legal (cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., “Nulidad en el proceso penal” cit., p. 99). Esta línea de pensamiento no carece de partidarios en el ámbito del derecho procesal civil. Así, para CONDORELLI, “[...] la nulidad no es solamente procedente cuando exista un texto expreso que la conmine, sino que tal principio reconoce importantes atenuaciones cuando la nulidad es la consecuencia necesaria de la omisión de formalidades esenciales, hipótesis en la que también procede su declaración aun cuando no estuviera concretamente conminada, que es lo que se conoce como nulidades *implícitas*. A este supuesto alude la ya recordada norma del art. 169 del Código de Procedimientos Nacional —destaca el jurista—, cuando en su segundo párrafo dispone: “Sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad”. Consiguientemente —concluye—, el principio de “especificidad” viene a integrarse con el que podría denominarse de “finalidad incumplida” (CONDORELLI, EPIFANIO J. L., “Presupuestos de la nulidad procesal” cit., p. 96). En opinión de DE SANTO, “[...] resulta imposible prever, dada su multiplicidad y

Restringir la extensión de la expresión “disposiciones expresamente previstas” mencionada en el art. 149 a la “específica norma procesal” que consagra expresamente la invalidación es la base para reducir injustificadamente el ámbito o campo de las nulidades del proceso penal.

3. Un adecuado entendimiento del alcance de la regla de taxatividad normativa de las nulidades demanda, además, un nuevo examen sobre el modo en que se desenvuelven las nulidades genéricas.

Según se verá, el *tipo procesal* mediante el cual ellas se conminan, establece las características definitorias de la forma procesal esencial, y lo hace mediante la determinación *in abstracto* de tales notas características.

Por consiguiente, la declaración de la existencia del vicio invalidante hace menester la *subsunción* de la concreta situación acaecida, en función de los requerimientos de la figura abstracta.

Esa operación debe realizarse sin mayores restricciones que las que impone el propio *tipo procesal genérico*.

En la práctica, sin embargo, el “criterio dominante de interpretación”⁸² del sistema legalista de las nulidades ha *hecho seria mella* en el funcionamiento de la invalidación procesal, debido a que tiende a acotarse a las normas que, al tiempo que regulan un determinado acto procesal, prevén la nulidad frente a la inobservancia de los requisitos que ellas mismas establecen.

Tal criterio prevaleciente de interpretación, pues, consolida una tachable reducción del campo de lo inválido jurídicamente en materia procesal penal.

variedad, todas las irregularidades de los actos procesales que conllevan la nulidad. De ahí que se sostenga —asegura este autor—, por una parte, que el detalle de las nulidades formulado por el legislador es meramente enunciativo y no exhaustivo, y por la otra, que el sistema de la especificidad debe ser atemperado. Como consecuencia de este criterio, entonces, aparecen junto a las nulidades expresas las denominadas *nulidades implícitas*, que son aquellas que, a pesar de no estar contempladas específicamente en la ley con sanción de nulidad, igualmente deben declararse en virtud de la vigencia de pautas atenuadoras del principio de especificidad, que incluso lo complementan e integran. [E]stas pautas moderadoras —puntualiza— consisten, por ejemplo, en: 1) equiparar con las nulidades expresas las originadas en disposiciones imperativas (C.P.C. Santa Fe, art. 124, ap. 3°): normas legales que contienen expresiones como “no será permitido”, “es inadmisibles”, etc.; 2) declarar el magistrado la nulidad, frente a la falta de sanción legal, si se han omitido elementos sustanciales en la ejecución del acto —*principio de la sustanciabilidad*—. A estos dos criterios —resalta el procesalista— cabe agregar el principio que ha sido dado en llamar de la *finalidad del acto*, en mérito al cual [...] no habiendo sanción legal específica, puede declararse la nulidad cuando el acto no ha cumplido su propósito (*función autónoma*)” (DE SANTO, VÍCTOR, *Nulidades procesales*, Universidad, Buenos Aires, 1999, pp. 38 y 39). No es distinta la posición de BERIZONCE, quien razona del siguiente modo: “[...] en esta materia, la ley no puede ser casuista. Cuando el legislador sanciona con la nulidad determinados actos tiende a evitar un perjuicio, una lesión y, las más de las veces, la indefensión. Difícilmente se puede contemplar exhaustivamente cuantas transgresiones procesales sean imaginables; de ahí que sólo se consagre expresamente la nulidad en los casos más salientes. [...] Como *postulado general*, útil para determinar cuándo nos encontramos en presencia de una nulidad implícita podemos enunciar el siguiente, obtenido por inducción: hay vicio de procedimiento que importa nulidad implícita cuando tal irregularidad suponga *violación de los principios básicos del proceso*” (BERIZONCE, ROBERTO O., *La nulidad en el proceso* cit., pp. 72 y 73). Tampoco la de MAURINO, conforme se desprende de las consideraciones que siguen: “En principio, dado el carácter extremo de la declaración de nulidad, su causa determinante debe estar establecida por la ley —principio de especificidad o legalidad—. Pero este sistema no se puede dar en forma pura, ya que el legislador no puede prever en forma detallada y minuciosa las variantes y matices que en la realidad asumen las irregularidades del acto procesal, que son causa de nulidad. La solución no estará tampoco en el sistema de dejar librada su apreciación al arbitrio del juez. De allí que doctrina y jurisprudencia coincidan en que la enumeración que el legislador hace de las nulidades procesales no es taxativa, y que el *sistema de legalidad debe ser atenuado*, criterio que, por otra parte, es recogido por los modernos códigos de procedimiento. Surge así, junto a las *nulidades expresas*, las llamadas *nulidades implícitas*. Son las que no están prescriptas específicamente por la ley con sanción de nulidad y deben declararse, debido a la vigencia de *pautas atenuadoras del principio de legalidad*, que incluso lo complementan y lo integran” (cfr. MAURINO, ALBERTO L., *Nulidades procesales* cit., pp. 29 y 30). A nuestro ver, *la ampliación, “en clave constitucional”, de la fuente normativa de las situaciones posibles de invalidación*, reduce apreciablemente el catálogo de supuestos de *perjuicio evidente* ocasionado por situaciones no previstas por la ley. Acaso lo haga —no podemos afirmarlo todavía con fundamento— al punto de tornar casi fútil la especie de las nulidades implícitas. En esta última orientación, VÉLEZ MARICONDE, lacónico, asevera: “No hay nulidades implícitas” (VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal* cit., t. II, p. 122).

⁸² Cfr. PESSOA, NELSON R., *La nulidad...* cit., p. 29.

V. Nulidades específicas y genéricas

El Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén adopta, como la totalidad de las leyes de rito criminal del país, un *doble criterio* para la regulación del sistema legalista de nulidad sentado en su art. 149.

Por un lado, lo hace específicamente; por otro, mediante normas genéricas.

1. La *nulidad específica* es un tipo de invalidación procesal que se manifiesta mediante el establecimiento de aquélla en la misma norma reguladora del acto previsto⁸³.

El criterio específico se caracteriza por su taxatividad y se adecua más exactamente al principio de la nulidad expresa. Permite confrontar de manera directa el acto viciado con el esquema legal cuya estructura se impone al conminarse la nulidad en la misma fórmula⁸⁴.

Ejemplos de él se advierten en las normas de los arts. 283, 312 y 369 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, en cuanto establecen la estructura y contenido que deben revestir, respectivamente, la resolución que dispone el procesamiento, el requerimiento de elevación a juicio y la sentencia.

Lo dicho no empece que, en determinados supuestos, estas previsiones específicas adquieran cierto grado de generalidad por referirse a varias actividades de una misma naturaleza, que pueden cumplirse a lo largo de todo el proceso⁸⁵.

Es lo que ocurre, *verbi gratia*, con las reglas de los arts. 106, 107 y 135 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén, que, respectivamente, exigen la fundamentación y la firma de las resoluciones jurisdiccionales, e indican el contenido de las notificaciones.

2. Las *nulidades de orden general*, en cambio, se manifiestan mediante normas genéricas que captan los actos o situaciones posibles de encuadrarse en ellas⁸⁶.

Presentan, a su vez, un doble criterio de regulación.

A. Las *nulidades genéricas concentradas* están debidamente sistematizadas en la norma del art. 150 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén y se desarrollan en tres incisos referidos al Tribunal, al Ministerio Fiscal y al imputado.

Por imperio del encabezado de la norma se entenderá siempre prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes a los diversos aspectos que ella señala y que se vinculan con los mencionados sujetos procesales.

a. En relación con el Tribunal, se alude a su nombramiento, capacidad y constitución.

El nombramiento —enseña CLARIÁ OLMEDO⁸⁷— capta el complejo procedimiento administrativo previsto para la designación de los jueces, entrando en función las normas constitucionales, legales y las orgánicas del Poder Judicial sobre designación de jueces.

La capacidad, por su lado, comprende tanto la genérica como la específica, pero referida siempre a la capacidad en ejercicio⁸⁸.

La constitución se refiere a las normas reguladoras de la intervención del oficio judicial, como son la asistencia del secretario, el número de miembros del cuerpo colegiado, la integración de las cámaras o salas, etcétera⁸⁹.

b. Con respecto al órgano público de la acusación, se comprenden su intervención y su participación en los actos en que ella sea obligatoria.

La intervención, en general, capta el regular ejercicio de la acción penal, la permanencia del acusador público en el proceso y la imposibilidad de detener el impulso procesal cuando no lo autoriza la ley. Pero, además, ella presupone la legítima constitución del órgano acusador, conforme a las normas

⁸³ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 235.

⁸⁴ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., “Nulidad en el proceso penal” cit., p. 100.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Ibídem, p. 99.

⁸⁷ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 237.

⁸⁸ Ídem. En contra se expide NÚÑEZ, para quien no se trata de la capacidad del magistrado para conocer y resolver una causa determinada, ya que las nulidades por inobservancia de las disposiciones concernientes a esa capacidad específica o competencia están reguladas por la ley mediante disposiciones particulares (NÚÑEZ, RICARDO C., *Código Procesal...* cit., p. 149, nota 3 al art. 171).

⁸⁹ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, pp. 237 y 238.

constitucionales u orgánicas y aun de los códigos procesales penales: nombramiento, capacidad y distribución de los funcionarios que integran el Ministerio Fiscal⁹⁰.

La nulidad funciona en lo vinculado con la participación del Ministerio Fiscal, cuando la misma no se acuerda en los casos en que sea obligatoria, estando atrapados los actos en concreto relativos a requerimientos, instancias, asistencias, audiencia, prueba, discusión y comunicación⁹¹.

c. La norma genérica de nulidad referida al imputado, atañe a su defensa.

Se reglamenta mediante ella el principio constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 de la C.N.), y se lo hace en función de tres diferentes proyecciones que la defensa del imputado tiene: intervención, asistencia y representación. Es necesario atenerse a los casos y formas establecidas por la ley (norma constitucional o de otro cuerpo legal)⁹².

La intervención comprende imposiciones de actuaciones para el tribunal, ya en presencia efectiva del imputado o su defensor, ya habiéndole dado oportunidad para hacerse presente: elección de defensor, intimación, audiencia, discusión, impugnación, y toda otra instancia que la ley prevea como un derivado del poder de resistir sustancial o formalmente el contenido de la imputación⁹³.

Es que, si bien la ley no admite el juicio penal en rebeldía (art. 266 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén)⁹⁴, aunque sí la investigación en tales condiciones, una vez que voluntaria o forzosamente el ausente comparece al proceso, debe gozar del derecho de intervenir, en la medida necesaria para su defensa, en los actos de la investigación, del juicio y de los recursos⁹⁵.

La asistencia del imputado se relaciona con el aspecto técnico de su defensa en juicio. Conciernen a la regular participación del defensor: nombramiento oportuno, actuación al lado o en lugar del imputado, debida comunicación, contradictorio, etcétera⁹⁶.

La representación del perseguido penalmente implica una modalidad más concreta de su asistencia. Cuando el defensor actúa técnicamente en vez del imputado se está muy próximo a la figura que analizamos. Ella, en suma, circunscribe la actividad del defensor en su función excluyente de la del imputado⁹⁷.

B. Las *nulidades genéricas desconcentradas*, en cambio, se encuentran ubicadas en diversos lugares del código y captan un conjunto de actos integrantes de un momento procesal o un conjunto de actos dirigidos a un tipo amplio de actividad: reglas de competencia, fecha de los actos procesales, oralidad y publicidad de los debates⁹⁸.

VI. Nulidades absolutas y relativas

Una segunda clasificación de las nulidades se agrega a la que las divide en específicas y genéricas.

Se trata de una distinción propia del Derecho privado⁹⁹, y permite diferenciarlas en *nulidades absolutas* y *nulidades relativas*.

El criterio de separación entre ambas especies estriba, por un lado, en el régimen de declaración de la nulidad y, por otro, en la eventual posibilidad de subsanación de la misma.

Las nulidades absolutas deben ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso (art. 151, segundo párrafo, del C.P.P. de la Provincia de Neuquén), y no son subsanables (art. 154, ibídem).

Las relativas, por el contrario, sólo podrán ser declaradas durante el proceso previa instancia oportuna de las partes que no hayan concurrido a causarlas y que tengan interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas (arts. 152 y 153 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén), y pueden ser subsanadas del modo establecido en el código (art. 154, ibídem).

El carácter absoluto o relativo de las nulidades, sin embargo, es irrelevante en cuanto a la necesidad de su expresa declaración por órgano competente. Ambas especies deben declararse jurisdiccionalmente para que la invalidación asuma *estado* en el proceso¹⁰⁰.

⁹⁰ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 238.

⁹¹ Ídem.

⁹² CLARÍA OLMEDO, JORGE A., “Nulidad en el proceso penal” cit., p. 104.

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Sobre el tema, puede verse AROCENA, GUSTAVO A., “Juicio penal en contumacia”, en Foro de Córdoba, N° 53, año X, 1999.

⁹⁵ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO C., *Código procesal...* cit., p. 150, nota 7 al art. 171.

⁹⁶ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., “Nulidad en el proceso penal” cit., p. 104.

⁹⁷ Cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, pp. 239 y 240.

⁹⁸ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 236.

⁹⁹ Ibídem, p. 240.

¹⁰⁰ Cfr., *mutatis mutandis*, CLARÍA OLMEDO, JORGE A., “Nulidad en el proceso penal” cit., p. 105.

La admisibilidad de la subsanación de la nulidad, como referencia dirimente para lograr esta clasificación, debe determinarse *en el marco del proceso penal inconcluso*, puesto que la cosa juzgada subsana incluso la nulidad absoluta¹⁰¹.

1. Legalmente, son *nulidades absolutas* las previstas en el artículo 150 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén, que impliquen violación de las normas constitucionales¹⁰², tanto de la Constitución Nacional como de la Provincial, o cuando así se establezca expresamente.

El sistema que adopta la legislación cordobesa es el más correcto, puesto que, como destaca CLARÍA OLMEDO, asegura principalmente la vigencia de los principios constitucionales del juez natural y de la inviolabilidad de la defensa en juicio, junto con el del proceso regular y legal que exige un mínimo de garantías en el ejercicio de los poderes atribuidos a los tres sujetos principales del proceso penal¹⁰³.

La previsión de la causal invalidante en alguno de los tres del artículo 150 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén y la vulneración de reglas constitucionales son exigencias que, para determinar la existencia de una nulidad absoluta, deben verificarse *simultáneamente*.

De consiguiente, las nulidades genéricas concentradas previstas en la mencionada norma han de ser absolutas o relativas según que impliquen, o no, violación de normas constitucionales¹⁰⁴.

Pero además de aquellos supuestos, la ley amplía el ámbito de las nulidades absolutas, imponiendo la declaración de oficio en los casos en que *así se establezca expresamente*.

La ley procesal neuquina establece, *de modo expreso*, esa declaración de oficio de la nulidad, en su artículo 27.

Por imperio de esa norma, la incompetencia en razón de la materia *deberá ser declarada —aun de oficio— en cualquier estado del proceso*, salvo el caso en que se hubiere fijado la audiencia para el debate sin que se haya planteado la excepción, en cuyo caso el Tribunal juzgará de los delitos de competencia inferior.

Es característica definitoria de las nulidades absolutas, dijimos, que ellas deban ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso (art. 151, segundo párrafo, del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Los *estados del proceso* son las distintas etapas en que el mismo se fracciona, vale decir, la investigación penal preparatoria y el juicio.

Grados del proceso son las diversas subdivisiones cuyas determinadas por la interposición de recursos¹⁰⁵.

Porque deben ser relevadas de oficio, precisamente, esta clase de nulidades puede ser denunciada por cualquiera de las partes y en cualquier oportunidad procesal.

La denuncia no requiere formalidad alguna.

¹⁰¹ “La única barrera ante la cual se detienen [las nulidades absolutas] es la cosa juzgada, con la que se concluye y define el procedimiento” (DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal* cit., p. 77).

¹⁰² En opinión de PALACIO, “[...] si se tiene presente que toda nulidad entraña la inobservancia de alguno 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 —particularmente la referente a la inviolabilidad de la defensa en juicio— parece imposible, sin riesgo de disponer una invalidación teórica, detectar una nulidad que no cuente con respaldo en una garantía de ese rango” (PALACIO, LINO E., “A propósito de las llamadas nulidades absolutas en el proceso penal”, en *LL*, t. 1997-A-281). Según tal tesis, pareciera menester hallar un *criterio adicional* que permita lograr la diferenciación entre nulidades absolutas y relativas. En este orden de ideas, no resulta irrazonable la pauta que, al efecto, sienta la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Fernández, Denis M. y otros” (CSJN, 20/08/1996), en cuanto repara en el *grado de intensidad de la ofensa constitucional*. Comentando ese fallo, el citado PALACIO refiere: “Cuando la Corte, sin embargo, vincula, como en el caso que es materia de esta nota, el concepto de nulidad absoluta al de ‘orden público’, parece refrendar el criterio en cuya virtud el distingo reside, básicamente, en la ‘intensidad’ del menoscabo constitucional” (PALACIO, LINO E., “A propósito de las llamadas nulidades absolutas en el proceso penal” cit., p. 282). Acaso pudiera tenerse como pauta para la distinción entre las nulidades absolutas y relativas, la *inmediatez* o *mediatez* del menoscabo constitucional producido como consecuencia de la inobservancia de la forma procesal de que se trate.

¹⁰³ CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 243, en donde señala que a los aludidos sujetos debe añadirse el querellante en juicios donde se excluye al Ministerio Público, atento a que una regular acusación está impuesta como presupuesto de la decisión sobre el fondo y, por ende, de la defensa inviolable.

¹⁰⁴ Cfr. CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 243.

¹⁰⁵ Cfr. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, E.J.E.A., Buenos Aires, 1954, t. V, p. 4.

2. La necesaria concurrencia coetánea de los requisitos mencionados, en orden al reconocimiento de las nulidades absolutas, hace posible la individualización de las relativas *por exclusión*¹⁰⁶. Lo afirmado, sin embargo, no debe inducir a error: es aceptado en doctrina y jurisprudencia que, en todas las leyes procesales penales, la nulidad relativa es la regla y la absoluta la excepción¹⁰⁷.

Serán relativas, pues, aquellas nulidades causadas por la inobservancia de las disposiciones aludidas en el art. 150 que no impliquen violación de normas constitucionales ni sea expresamente establecida su declaración de oficio.

Las nulidades relativas sólo podrán ser declaradas previa instancia oportuna de las partes que no hayan concurrido a causarlas¹⁰⁸ y que tengan interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas (arts. 152 y 153 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Concurrir a causar la nulidad significa poner en existencia los elementos indispensables o concurrentes para que se verifique la nulidad¹⁰⁹.

El *interés en la observancia de una disposición legal*, por su lado, existe si la declaración de la nulidad es susceptible de beneficiar procesalmente a la parte en cuyo favor se hace¹¹⁰.

El vicio del acto, entonces, debe ocasionar un perjuicio efectivo, y la invalidación producir una ventaja jurídica para quien alega la nulidad.

El interés es la medida de las acciones, recuerda DE LA RÚA¹¹¹, y esta regla de pura lógica jurídica se aplica al proceso.

Pero el “principio del interés”, conviene enfatizar en este lugar, *no es sólo aplicable con relación a los defectos relativos, sino también respecto de las nulidades absolutas*.

Para justificar esta inclusión de las nulidades absolutas en el ámbito de aplicabilidad del “principio del interés”, se ha dicho que, si el fundamento de las nulidades absolutas es el de evitar los *efectos perjudiciales* derivados de una violación constitucional esencial relacionada con los derechos que emanan del principio de dignidad personal del imputado (en especial, los indisponibles), este perjuicio debe concurrir en el caso concreto, “tanto de modo real (v. gr., se impidió al acusado conocer la acusación por la que luego fue condenado) como *potencial* (v. gr., la ausencia de descripción del hecho sobre el que versa la sentencia impedirá hacer valer en el futuro la garantía del *non bis in idem*), no bastando, en consecuencia, que aparezca como puramente *hipotético*”¹¹².

Con base en la mencionada necesidad de instancia previa de las nulidades relativas, puede decirse que ellas son previstas en función del interés de las partes, sin tener en cuenta la organización del proceso en lo fundamental¹¹³.

El requisito de instancia de parte permite columbrar, en relación con la nulidad relativa, “una decidida manifestación del principio dispositivo en el proceso penal”¹¹⁴, que se proyecta en la precisa determinación de la oportunidad legal para articular la nulidad y en la posibilidad de su subsanación.

Instancia oportuna de la nulidad habrá, según la norma del art. 153 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, en las siguientes ocasiones:

¹⁰⁶ O, si se quiere, por razonamiento *e contrario*.

¹⁰⁷ Así lo ha reconocido, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en autos “Vallejo” (TSJ Cba., Sala Penal, “Vallejo”, Sent. N° 68, 31/7/2001). También, *verbi gratia*, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, *in re* “Aviles” (CFed. SanMartín, Sala I, 13/08/1998, “Aviles”, síntesis publicada en *LL*, 1999-C-340).

¹⁰⁸ El fundamento de ello es clarísimo: no se atiende a quien alega en su beneficio la propia torpeza.

¹⁰⁹ Cfr. LEONE, GIOVANNI, *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. S. Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1989, t. I, p. 720, donde advierte que es necesario haber puesto las condiciones de la nulidad y no solamente la ocasión. Sin perjuicio de ello, es útil informar que del análisis de las consideraciones que sobre el punto realiza Carnelutti, parece surgir que este procesalista *exige más* que lo señalado en el texto y puntualizado por LEONE. Según su parecer, el requisito que analizamos “encuentra fácilmente su razón en el principio *malitiis non est indulgendum* y por eso en la represión del fraude; en orden a ello el haber *dado causa* [o, en los términos de nuestra norma, el haber concurrido a causar] a la violación debe entenderse no tanto en el sentido de la *causalidad física* cuanto de la *causalidad intencional* o, en otras palabras, de la *imputabilidad*; si el vicio no le es imputable a la parte, aun cuando físicamente pueda derivar de su acción”, la exigencia de la norma no puede tenerse por satisfecha (cfr. CARNELUTTI, FRANCESCO, *Lecciones sobre el proceso...* cit., vol. III, p. 200).

¹¹⁰ NÚÑEZ, RICARDO C., *Código Procesal...* cit., p. 154, nota 2 al art. 173.

¹¹¹ DE LA RÚA, FERNANDO, voz “Sanciones procesales” cit., p. 173.

¹¹² Cfr. CAFFERATA NORES, JOSÉ I. – TARDITTI, AÍDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba...* cit., t. 1, p. 453.

¹¹³ Cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 244.

¹¹⁴ Ídem.

- Cuando las nulidades producidas en la instrucción sean instadas durante ésta o en el término de citación a juicio;

- Cuando las nulidades producidas en los actos preliminares del juicio sean instadas inmediatamente después de abierto el debate;

- Cuando las nulidades producidas en el debate sean instadas antes o inmediatamente después de producirse el acto;

- Cuando las nulidades producidas durante la tramitación de un recurso sean instadas inmediatamente después de abierta la audiencia, o en el memorial.

La determinación de un *momento procesal perentorio* para la interposición de la instancia de nulidad se encuentra razonablemente justificada, si se repara en que, como destaca COUTURE, frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales se pueda consolidar el derecho¹¹⁵.

En otras palabras, es la necesidad de *obtener la certeza en torno a la eficacia del acto*, la que hace depender la invalidación del mismo a que ella sea denunciada *en un cierto término*, al vencimiento del cual, si no se ha realizado tal denuncia, el acto imperfecto es convalidado¹¹⁶.

A diferencia de lo que ocurre en la denuncia de las nulidades absolutas, la instancia de la nulidad relativa será motivada¹¹⁷.

El incidente que la instancia provoca se tramitará en la forma establecida para el recurso de reposición (art. 406 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Distinto es el trámite, sin embargo, en el caso de las nulidades deducidas en el alegato oral o escrito mediante el cual las partes informan sobre los fundamentos del recurso con efecto devolutivo¹¹⁸ que hubieran interpuesto. En tal hipótesis, el tribunal *ad quem* deberá resolver el incidente de nulidad junto con el recurso¹¹⁹.

La restante nota definitoria de la nulidad relativa, según lo ya dicho, estriba en *su posibilidad de ser subsanada*.

La subsanación de la nulidad consiste en la privación de la eficacia invalidante de ésta. Importa el enervamiento del poder invalidante latente en la actividad procesal cuya imperfección se vincula con la inobservancia de exigencias formales esenciales¹²⁰.

El art. 154 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén prevé, en sus tres incisos, las causales que producen aquella convalidación.

Antes de proceder a su análisis, corresponde traer a colación aquí lo expresado en el apartado IV.1., al analizar el *carácter instrumental* de la nulidad procesal penal.

Más que una causal de subsanación de las nulidades relativas, el supuesto receptado en el inc. 3 del art. 154 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén constituye, en realidad, “un impedimento común para la declaración de cualquier clase de nulidad”¹²¹, ya absoluta, ya relativa.

Es una consecuencia del ya caracterizado carácter instrumental de la invalidación procesal, según el cual ella tiene insoslayables límites en su propio destino.

Recuérdese que, a tenor de la norma citada, la nulidad no podrá ser declarada cuando, no obstante su irregularidad, *el acto hubiera conseguido su fin con respecto a todos los interesados*.

¹¹⁵ COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª edición (póstuma), reimpresión inalterada, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 391.

¹¹⁶ Cfr., en sentido equivalente, CARNELUTTI, FRANCESCO, *Lecciones sobre el proceso...* cit., vol. III, p. 198.

¹¹⁷ De lo que se trata, en realidad, es de que la instancia sea *fundamentada*, vale decir, integrada por la exposición de las razones que justifican el curso de acción que propone el sujeto. Es que, cuando en contextos jurídicos, se habla de la necesidad de “motivar” determinados actos procesales, lo que normalmente se quiere decir es que éstos deben ser fundamentados (cfr. ATIENZA, MANUEL, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 31).

¹¹⁸ “Los recursos son devolutivos o no devolutivos —enseña AYÁN—, según que la *cognitio causae* se transfiera o no, a consecuencia de la impugnación, a un juez de grado superior al de quien emitió la decisión impugnada” (AYÁN, MANUEL N., *Recursos...* cit., p. 286).

¹¹⁹ NÚÑEZ, RICARDO C., *Código Procesal...* cit., p. 156, nota 8 al art. 174.

¹²⁰ Ello es así, puesto que si se tratara de exigencias formales accidentales, la actividad procesal imperfecta no iría más allá de una *mera irregularidad*.

¹²¹ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 245.

Se ha dicho¹²², con razón, que el giro lingüístico *fin del acto es impropio*, desde que el fin parece aludir a la voluntad de quien ha dado vida al acto. En realidad, no es a este fin que la ley ha querido referirse, sino a la voluntad y a la finalidad de la misma ley, o sea, en términos más precisos, a la *función del acto*¹²³.

La determinación precisa de la función del acto no se puede establecer sino en concreto, vale decir, con referencia a los actos en particular¹²⁴.

Interesado, en el contexto de la regla, es aquella persona que tiene interés en la incolumidad del acto que resultó afectado por una causal de nulidad¹²⁵.

Volvamos a las causales de convalidación.

Las nulidades quedan subsanadas, en primer lugar, cuando el Ministerio Fiscal o las partes no las opongan en las oportunidades procesales determinadas en el art. 153 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén (art. 154, inc. 1, del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Son oportunidades que se establecen perentoriamente, por lo que, superado el momento final de las mismas, operará la caducidad, “y el intento de plantear la nulidad será inadmisibles”¹²⁶.

Debido a que la determinación de la idoneidad del acto defectuoso para lograr su finalidad, a pesar de su vicio, puede presentar dificultades, en este tipo de nulidades la ley la *supedita* al comportamiento de la persona que tiene interés en la declaración de nulidad del acto. De tal suerte, si falta de su parte una reacción, es signo de inocuidad del vicio¹²⁷.

La subsanación, por otro lado, se produce cuando los que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto (art. 154, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén).

Con respecto a la *aceptación expresa*¹²⁸, es indudable que si la persona que tiene interés en la existencia del requisito del acto procesal que falta, declara, esto no obstante, “querer sufrir sus efectos jurídicos, demostrando así que el vicio no ha originado ningún perjuicio efectivo, se tiene un acto positivo, cuya eficacia convalidativa no tiene necesidad de ser aclarada”¹²⁹.

En tanto que la *aceptación tácita*, que resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de voluntad (art. 918 del Código Civil), es una vía sanativa que, al igual que la aceptación expresa, consiste en un acto comisivo que no debe confundirse con el silencio, esto es, “con la inacción verdadera y propia”¹³⁰. Bien se ha dicho, acerca de esto, que “el asentimiento tácito no es una no manifestación de voluntad, sino una aceptación, en lugar de *verbis, rebus ipsis et factis*”¹³¹.

La aceptación debe acaecer antes de que haya caducidad porque, de lo contrario, la convalidación del acto defectuoso se habría ya concretado por imperio del inc. 1 del art. 154 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén. Dada esta conformidad con el acto, aun cuando dentro del término se pretendiera cumplir la instancia de reclamación de nulidad, ésta sería inadmisibles en función de haber mediado preclusión, ya que la conducta anterior de aceptación de los efectos del acto es incompatible con la pretendida anulación¹³².

VII. Efectos de la declaración de nulidad

1. La conformación del proceso penal a la manera de *una serie gradual, progresiva y concatenada de actos* adquiere particular relevancia a la hora de precisar los efectos que siguen a la declaración de la nulidad.

La invalidación del acto imperfecto que ella traduce no tiene consecuencias sólo respecto de éste. Posee, por el contrario, *efecto difusivo*¹³³ con respecto a otras actividades cumplidas en el proceso¹³⁴.

¹²² SATTÀ, SALVATORE, *Manual de derecho procesal civil* cit., vol. I, p. 239.

¹²³ Ídem.

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO C., *Código Procesal...* cit., p. 157, nota 6 al art. 175.

¹²⁶ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., “Nulidad en el proceso penal” cit., pp. 111 y 112.

¹²⁷ Cfr. CARNELUTTI, FRANCESCO, *Principios del proceso penal*, trad. S. Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, p. 82.

¹²⁸ El art. 917 del Código Civil establece: “La expresión positiva de la voluntad será considerada como tal, cuando se manifiesta verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos”.

¹²⁹ CARNELUTTI, FRANCESCO, *Lecciones sobre el proceso...* cit., vol. III, p. 197.

¹³⁰ Ídem.

¹³¹ Ídem.

¹³² CLARÍA OLMEDO, JORGE A., “Nulidad en el proceso penal” cit., p. 112.

¹³³ CARNELUTTI se refiere a este efecto aludiendo, además de a *ineficacia difusiva*, a *ineficacia contagiosa* de la nulidad (cfr. CARNELUTTI, FRANCESCO, *Lecciones sobre el proceso...* cit., vol. III, p. 195).

¹³⁴ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 246.

Por ello, declarada la nulidad, corresponde escudriñar la vinculación del acto viciado con otros del proceso penal, para establecer así la eventual proyección que la invalidación del primero pueda tener en relación con la validez de los segundos.

Indudablemente que la declaración de nulidad produce, de modo directo, la invalidación del concreto acto cumplido en forma irregular.

El efecto de la declaración de nulidad consistirá, pues, en la *privación de efectos* al acto anulado¹³⁵. Éste conserva vigencia en el sentido de que no desaparecen *algunos* efectos ya producidos.

El acto puede ser declarado inválido en su totalidad o sólo respecto de una parte suya, lo que da lugar a la clasificación de las nulidades en *totales* y *parciales*, respectivamente. Considérese, por ejemplo, el caso de la sentencia declarada nula en relación con todos sus puntos dispositivos o sólo respecto de alguno de ellos.

Pero la nulidad del acto, cuando es declarada, hace nulos todos los actos consecutivos que de él dependan y los actos anteriores o contemporáneos en conexión con el anulado (art. 155, párrafos 1° y 2°, del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Esa invalidación —señala gráficamente CLARÍA OLMEDO— equivale a extirpar el núcleo de una zona viciada del proceso, cuya capacidad difusiva se ha extendido en toda esa zona integrada por actos dependientes y conexos¹³⁶.

Para la comunicación de la nulidad a los *actos subsiguientes* es necesario que ellos estén en relación de dependencia con el acto nulo, en relación de proveniencia causal, y no sólo accidental u ocasional¹³⁷.

Se aprecia tal dependencia cuando la validez del acto ulterior presupone la existencia procesal del acto declarado nulo¹³⁸.

Debe ser, pues, una dependencia directa y vinculante, como la que media, por ejemplo, entre la acusación, el debate y la sentencia. Declarada la nulidad de la primera, devienen inválidos los actos que integran el debate y la resolución que pone término al proceso.

Puesto que la vinculación causal entre el acto invalidado y los actos consecutivos que de él dependen es clara, la ley no ha considerado menester la expresa declaración de nulidad de esos actos dependientes posteriores.

La invalidación de los *actos anteriores o contemporáneos conexos*, en cambio, sí exige esa declaración expresa, procurando salvar con la misma los casos de inseguridad sobre la extensión de la conexidad¹³⁹. Esta nulidad de actos precedentes o contemporáneos, podría decirse, no opera *de iure*¹⁴⁰.

La conexión debe ser una vinculación causal necesaria, la que se presenta siempre que el acto anterior o simultáneo, una vez caído en la nada el acto subsiguiente, sobreviene incapaz de lograr la finalidad que la ley le asigna¹⁴¹. Es lo que sucede, *verbi gratia*, en el caso de la anulación de la sentencia por el tribunal de casación, que hace necesario declarar también la nulidad del debate, citaciones y fijación de audiencia a ese fin, por cuanto la nueva sentencia ya no puede basarse en él¹⁴².

2. Junto con la *ratificación*, y con el objeto de “enderezar el trámite volviendo a la regularidad procesal cuando ha sido declarada una nulidad”¹⁴³, la ley prevé la *renovación* y la *rectificación de los actos anulados* (art. 155, párrafo tercero, del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Son medios para cubrir las lagunas surgidas como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos procesales¹⁴⁴.

La ley establece que ellos se ordenarán cuando fuere *necesario y posible*.

No funcionan, consiguientemente, cuando el acto invalidado está de más¹⁴⁵ o no es necesario en el proceso¹⁴⁶.

¹³⁵ En el campo del Derecho Civil, pero mediante consideraciones aplicables al ámbito procesal penal, LLAMBÍAS asevera: “[...] el efecto específico de la nulidad —y valga la paradoja—, es no producir ningún efecto legal” (LLAMBÍAS, JORGE J., *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Arayú, Buenos Aires, 1953, p. 35).

¹³⁶ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 247.

¹³⁷ LEONE, GIOVANNI, *Tratado...* cit., t. I, p. 723.

¹³⁸ NÚÑEZ, RICARDO C., *Código Procesal...* cit., p. 158, nota 2 al art. 176.

¹³⁹ Cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 247.

¹⁴⁰ Cfr. NÚÑEZ, RICARDO C., *Código Procesal...* cit., p. 158, nota 3 al art. 176.

¹⁴¹ LEONE, GIOVANNI, *Tratado...* cit., t. I, p. 724.

¹⁴² El ejemplo es de CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 247.

¹⁴³ Cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 247.

¹⁴⁴ CLARÍA OLMEDO, JORGE A. “Nulidad en el proceso penal” cit., p. 113.

¹⁴⁵ Por ejemplo, sobreesimiento durante el juicio por causal no prevista (art. 326 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén) —cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 248.

¹⁴⁶ *Verbi gratia*, la recepción de prueba impertinente o superabundante (art. 321, segundo párrafo, del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Tampoco cuando es imposible, por razones jurídicas o materiales.

Casos de imposibilidad jurídica de renovación o rectificación del acto anulado son principalmente aquellos referidos a los actos de parte, habiendo caducado la posibilidad de repetirlos, o el del careo cuando el imputado se niega a someterse nuevamente a él (art. 252 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén)¹⁴⁷.

Ejemplos de imposibilidad material, por su parte, son los supuestos en que no se consigue al testigo que prestó el testimonio anulado, o la sustancia sobre la cual se practicó la pericia¹⁴⁸.

No lo dice expresamente la ley, pero, a nuestro ver, el Tribunal que declaró la nulidad es el que debe ordenar uno u otro de esos procedimientos.

La renovación consiste en la nueva realización, total o parcial, en forma regular, del acto declarado nulo. En otros términos, es una construcción total o de la parte anulada del acto, pero con todos los elementos incluidos en la previsión normativa que lo capta o conforme a las directivas proporcionadas por la resolución anulatoria¹⁴⁹.

La rectificación se realiza mediante la corrección de los defectos o vicios advertidos en el acto irregular. Se complementa el acto imperfecto con los requisitos de validez del mismo que faltan o se sustituyen tales condiciones de validez practicadas en forma defectuosa.

Puesto que es un remedio más económico que la renovación, se ha dicho en relación con el instituto restante: “*Ictu oculi* la rectificación parecería [...] el mejor remedio contra la ineficacia del acto; pero, reflexionando, uno se da cuenta de que su punto débil está en el peligro de que el vicio del acto haya determinado su injusticia, caso en el cual la simple supresión del vicio podría impedir un remedio más eficaz”¹⁵⁰.

VIII. Sanciones

El Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén faculta a los tribunales superiores, para que, al declarar la nulidad de los actos cumplidos por un tribunal inferior, *puedan disponer su apartamiento de la causa e imponerle las medidas disciplinarias que le acuerde la ley* (art. 156 del C.P.P. de la Provincia de Neuquén).

Es claro que mediante el giro “tribunales superiores” la citada disposición alude a los tribunales *de alzada*, o sea, a los tribunales de grado superior al de aquellos que dictaron determinada resolución impugnada mediante un recurso con efecto no devolutivo¹⁵¹ y que tiene competencia para conocer de las cuestiones que, a través de este último, se llevaron a su conocimiento.

Deben distinguirse las alternativas que prevé la norma.

Ella alude, por un lado, al *apartamiento del tribunal de la causa*, y, por otro, a las *medidas disciplinarias que la ley acuerda al tribunal superior*.

No obstante el epígrafe del artículo (“Sanciones”), el *apartamiento de la causa* no posee, en sí mismo, sentido sancionatorio.

Antes bien, el mismo tiende a evitar hipótesis en las que, al anularse actos en los que el Juez o Tribunal al que se aparta ha tomado decisiones fundamentales en el proceso, de ser ellos los encargados de volver a decidir, podrían encontrarse en situación de haber *prejuizado*, o de tener que dirigir la renovación de los actos en condiciones en las que podría ponerse en duda su imparcialidad¹⁵².

Las *medidas disciplinarias*, en cambio, revisten un carácter evidentemente sancionatorio.

¹⁴⁷ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Tratado de derecho procesal penal*, Ediar, Buenos Aires, 1964, t. IV, p. 252, nota al pie de página N° 301.

¹⁴⁸ Cfr. CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Tratado...* cit., t. IV, p. 252, nota al pie de página N° 301.

¹⁴⁹ CLARÍA OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal...* cit., t. II, p. 248.

¹⁵⁰ CARNELUTTI, FRANCESCO, *Lecciones sobre el proceso...* cit., vol. III, p. 190.

¹⁵¹ El efecto devolutivo, explica AYÁN, “se produce cuando por la interposición de un recurso, el nuevo examen de la resolución impugnada y su consiguiente decisión, son atribuidos a un tribunal de grado superior (alzada), llamado juez *ad quem*. De este modo —agrega—, el juez *a quo*, esté autorizado o no a ejecutar la resolución recurrida, agota todo conocimiento sobre lo decidido, salvo, claro está, la facultad de rectificar cualquier error u omisión material de aquélla” (AYÁN, MANUEL N., *Recursos...* cit., p. 288).

¹⁵² Cfr. CREUS, CARLOS, *Invalidez...* cit., p. 112.

Aplicación de la semilibertad a los procesados

Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Secretaría Penal, en autos “Pérez Alvarado, Enrique s/ Ejecución de condena”, Expediente N° 87/2005, de fecha 12/09/05.

Sumario: Un interno condenado pero sin sentencia firme solicita el beneficio de la semilibertad. El tribunal declara la aplicación del artículo 11 de la ley 24.660 para quienes se encuentren procesados. Empero reconduce el agravio en una falta de fundamentación *in iure* por cuanto no cuenta con los informes del Gabinete Técnico para pronunciarse. Por ello se dispone la nulidad del decisorio.

ACUERDO N° 35/2005: En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los doce días del mes de septiembre del año dos mil cinco, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su Titular, **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, integrado por los señores Vocales, **Dres. JORGE O. SOMMARIVA, EDUARDO J. BADANO, RICARDO TOMÁS KOHON y EDUARDO FELIPE CIA**, con la intervención del Titular de la Secretaría Penal **Dr. JOSÉ DANIEL CESANO**, para dictar sentencia en los autos caratulados **“PÉREZ ALVARADO, Enrique s/Ejecución de Condena”** (expte. N° 87/2005) del Registro de la mencionada Secretaría, se procedió a practicar la pertinente desinsaculación, resultando que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Eduardo J. Badano; Dr. Eduardo Felipe Cia; Dr. Jorge O. Sommariva; Dr. Ricardo Tomás Kohon y Dr. Roberto Omar Fernández.

ANTECEDENTES: Por Resolución N° 127/05, la hoy Cámara en lo Criminal, con asiento en la Ciudad de Zapala, resolvió (Punto I), “No hacer lugar al planteo de fs. 27 presentado por el Sr. Defensor de Cámara subrogante” (cfr. fs. 30 y vta.), por el que se solicitaba el otorgamiento de salidas laborales a favor de Enrique Pérez Alvarado.

Contra dicha resolución el señor Defensor de Cámara, interpuso recurso de casación a favor del nombrado (fs. 31/32); el que fue declarado admisible por auto interlocutorio N° 85/2005 de este Tribunal Superior de Justicia (fs. 41/42 vta.).

Por aplicación de la ley 2153 de reformas del Código Procesal (ley 1677) y lo dispuesto en el art. 423, 1° párrafo del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 44 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, el Tribunal se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?; 2°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar?, y 3°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión**, el **Dr. EDUARDO J. BADANO**, dijo: I. En contra de la Resolución Interlocutoria N° 127/05, dictada por la hoy Cámara en lo Criminal de la III Circunscripción Judicial (con asiento en la Ciudad de Zapala), el señor Defensor de Cámara, Dr. Miguel Enrique Manso, dedujo recurso de casación. Concretamente, al amparo del primer motivo de casación previsto en el art. 415 del rito local, el impugnante expresa que: “[...] la resolución atacada puntualmente dispone, no hacer lugar al pedido de salidas laborales efectuado por Pérez Alvarado con sustento en ‘que la situación de procesado que ostenta, difiere sustancialmente del estado definitivo de condenado, y [...] por tanto, no es posible aplicar analógicamente al primero [...] la ley [que] regula a quienes tienen definida su situación penal [...]’. Para entender el párrafo transcrito — continúa el impugnante— debe decirse que la Cámara tomó como propios los argumentos de fiscalía que más arriba había dicho ‘que el interno reviste calidad de procesado, no siendo merecedor a los beneficios estipulados por la ley 24.660’ [...]”. Frente a este panorama —alega— que “la decisión del tribunal inobserva lo dispuesto por la ley 24.660, que en su art. 11 establece: ‘Esta ley... es aplicable a los procesados [...]’ [...] Que de lo dicho precedentemente se desprende que más allá de si el beneficio se concede o no, el mismo debe decidirse por aplicación de la ley nacional, mucho más beneficiosa que la ley provincial (art. 288 bis del ritual) en tanto ésta exige como requisito para la concesión del beneficio, que el tribunal, antes de conceder el mismo deberá ‘requerir un informe sobre las necesidades económicas del grupo familiar’, lo que no es requerido por la ley nacional, y por primacía en este supuesto, de la ley nacional por sobre la provincial [...]”.

II. Que luego de realizado un análisis del legajo, la resolución interlocutoria censurada y del recurso, soy de opinión —y así lo propongo al Acuerdo— que la casación debe ser declarada **pro-**

cedente. Aclaro, empero, que no hablaré de seguir, integralmente, el razonamiento de la Defensa ni que tampoco acompañaré el resultado final que postula; propiciando, en cambio, la nulidad del interlocutorio criticado. Doy mis razones:

1. Tenido a la vista los autos principales, surge que el imputado Pérez Alvarado ha sido condenado como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, incs. 1 y 3 párrafos del Código Penal), imponiéndosele para su tratamiento penitenciario la pena de seis años de prisión (cfr. autos “Pérez Alvarado, Enrique s/ Abuso sexual con acceso carnal”, Expediente N° 2970 - Folio 30 - año 2002 del registro originario [N° 65 - 2005 de este Tribunal Superior]). Asimismo, a fs. 21 del principal, obra acta de notificación de detención del prevenido, con fecha 2 de diciembre de 2001.

De esta manera, le asiste razón a la defensa respecto de que, a la fecha, el imputado lleva poco más de tres años y nueve meses en prisión preventiva. Ello así por cuanto, la sentencia de condena se encuentra recurrida en casación y, por tanto, no firme.

2. El estudio del incidente revela que, el interno, ha merecido de parte de la autoridad policial la siguiente calificación: “su conducta ha sido muy buena, no se le han aplicado sanciones administrativas internas [...]. Es muy respetuoso con todo el personal policial de esta Unidad y con sus pares internos. No ocasiona problemas de ninguna índole, ni tampoco incita a ello. Es de destacar su buena predisposición e higiene personal y del lugar en donde está alojado.” El informe en cuestión concluye favorablemente a la concesión del beneficio solicitado (fs. 6).

3. La Cámara de juicio ha denegado el beneficio —haciendo suyo el dictamen fiscal— sobre la única base de que, el interno, ostenta la condición de procesado, no siendo susceptible —entiende el *a quo*— la aplicación de institutos que la ley ha reservado para “quienes tienen definida su situación penal”.

Que respetuosamente, hablaré de disentir con esta interpretación; acompañando, en este extremo, la censura del Sr. Defensor de Cámara. En efecto, el art. 11 de la ley 24.660 dispone al respecto: “Esta ley [...] es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad [...]”. Sin dejar de reconocer la existencia de controversias interpretativas, en lo personal me enrolo a favor de la postura que permite otorgar a los procesados (sin sentencia firme) algunos de los institutos regulados por la ley 24.660 y que significan —en este caso— una morigeración de la prisión preventiva que se viene cumpliendo. En tal sentido

Marcelo Solimine ha expresado que “[l]a factibilidad de aplicar todos estos institutos al procesado en prisión preventiva, amén de lo previsto por el mencionado art. 11 de la ley 24.660, es directa consecuencia de la observancia del principio de proporcionalidad del encarcelamiento procesal, según el cual éste, como medida cautelar, no puede ser más gravoso que la propia pena cuya imposición cautela, ni su rigor innecesario a estos fines, lo que deberá reflejarse tanto en la modalidad de ejecución de la prisión preventiva como en la posibilidad de excarcelación” (cfr. *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 543. Igual criterio puede encontrarse en José I. CAFFERATA NORES, “¿La ley N° 24.660 da cabida a una ‘semiprison preventiva’ o nuevas hipótesis excarcelatorias?”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III - N° 7, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 991 y ss.).

4. Es claro, sin embargo, que la posibilidad de acceder a estos institutos está condicionada, al menos, por los recaudos que la propia ley 24.660 ha establecido para que ellos puedan concederse. En este caso, la solicitud formulada se vincula con el acceso a un régimen equiparable a la semilibertad.

Observo, en tal sentido, que la exigencia temporal que menta el art. 17, inc. 1, se encontraría satisfecha. Ello así por cuanto, como lo sostiene Solimine, “el requisito de cumplimiento de la mitad de la pena, deberá traducirse de la siguiente manera: una prisión preventiva que cumplida de acuerdo al art. 24 del C.P. sea equivalente a la mitad de la condena que se espera” (*op. cit.*, p. 556); situación que, en el presente, se ha verificado.

Ahora bien, constituye una cuestión de hecho probar que concurren cada una de las otras condiciones establecidas por el art. 17 de la ley 24.660. Y es aquí, justamente, en donde me hablaré de apartar de la solución que pretende el recurrente. Es que, este Tribunal no se encuentra en condiciones de determinar algunos requisitos esenciales. Me explico: más allá de contar con un buen informe policial (lo cual suple a la calificación de conducta) considero que resulta necesario que, el Gabinete Técnico Criminológico —y más allá de no existir aún una sentencia firme— realice un examen del imputado con la finalidad de poder determinar si el mismo se encuentra en condiciones de acceder a lo que aquí se peticiona. Es cierto —y no lo desconozco— que por su condición (procesado) aún, técnicamente, no se encuentra sometido a tratamiento. Empero, creo, que dicho Gabinete (dada su composición científica interdisciplinaria) constituye el mejor medio para poder diagnosticar la conveniencia o no del beneficio que se peticiona y sin el cual me encuentro impedido de pronunciarlo. En tal sentido, el propio Solimine,

al analizar la viabilidad de este instituto para los procesados refiere a los requisitos de conducta y concepto previstos en la ley 24.660 (cuyos arts. 100 y 101, respectivamente, contienen una interpretación auténtica de ambas categorías) y “cuya obtención debería permitirse procurar durante la ejecución de la prisión preventiva al amparo del art. 178 de la ley 24.660” (*op. cit.*, pp. 556/557 y nota N° 62).

Frente a esta situación —y en mérito de ella— habré de reconducir el vicio denunciado —art. 415, inc. 1, C.P.P. y C.— (cfr. Fernando DE LA RÚA, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 255) y analizar el decisorio desde el prisma de la falta de motivación “in iure” (al haber desechado la aplicación del art. 11 de la ley 24.660), debiendo declararse su nulidad.

Por los argumentos expuestos —y dentro de los límites que he señalado— entiendo haber explicitado los motivos por los cuales, la casación deducida, debe ser declarada procedente. Tal es mi voto.

El Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

El Dr. **JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Que comparto la solución sustentada por el Vocal preopinante en primer término, atento los fundamentos dados a la presente cuestión. Mi voto.

El Dr. **RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Por compartir las conclusiones dadas por el señor vocal que sufragara en primer término, adhiero a la solución que propicia. Así voto.

El Dr. **ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos, por el señor Vocal que votara en primer término, por lo que emito mi voto en igual sentido. Así voto.

A la **segunda cuestión**, el Dr. **EDUARDO J. BADANO**, dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo, se declare la nulidad del decisorio por falta de fundamentación “in iure” (arts. 106 y 415, inc. 2, C.P.P. y C.); debiendo reenviarse los obrados a la Cámara de origen para que, a través de los subrogantes legales que correspondan, y previo solicitar dictamen del Gabinete Técnico Criminológico de la Provincia (sobre la conveniencia o no del instituto peticionado) dicte nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. Tal es mi voto.

El Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Comparto la conclusión sustentada por el Vocal preopinante, atento los fundamentos dados a la primera cuestión. Mi voto.

El Dr. **JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Por compartir la solución dada a esta segunda cuestión, por el Dr. Eduardo J. Badano, voto en igual sentido.

El Dr. **RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Atento los fundamentos propiciados a la primera cuestión planteada, comparto la solución dada por el señor Vocal de primer voto a esta segunda cuestión.

El Dr. **ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la **tercera cuestión**, el Dr. **EDUARDO J. BADANO**, dijo: Sin costas en la instancia (arts. 491 y 492, *a contrario sensu*, C.P.P. y C.). Tal es mi voto.

El Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Eduardo J. Badano. Así voto.

El Dr. **JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta segunda cuestión. Mi voto.

El Dr. **RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Corresponde eximir de costas como lo expresa el Dr. Eduardo J. Badano. Así voto.

El Dr. **ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Debe eximirse de costas al recurrente de conformidad con los arts. 491 y 492 del C.P.P. y C. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE: I. Hacer lugar al Recurso de casación** deducido por el señor Defensor de Cámara, Dr. Miguel Enrique Manso, a favor del imputado **ENRIQUE PÉREZ ALVARADO. II. DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución Interlocutoria N° 127/05**, de fecha 5 de abril de 2005, obrante a fs.30 y vta., dictada por la Cámara en lo Criminal de Zapala, por falta de fundamentación “in iure” (arts. 106 y 415, inc 2, C.P.P. y C.). **III. Reenviar** los obrados a la Cámara de origen para que, a través de los subrogantes legales que correspondan, y previo solicitar dictamen del Gabinete Técnico Criminológico de la Provincia (sobre la conveniencia o no del instituto peticionado) dicte nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. **IV. Sin costas** (arts. 491 y 492, *a contrario sensu*, del C.P.P. y C.). **V. Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación, por ante el Actuario, que certifica.

Presidente: Dr. **ROBERTO O. FERNÁNDEZ**,

Vocales: Dr. **JORGE O. SOMMARIVA**, Dr. **EDUARDO J. BADANO**, Dr. **RICARDO TOMÁS KOHON**, Dr. **EDUARDO FELIPE CIA**,

Secretario: Dr. **JOSÉ DANIEL CESANO**

Semilibertad. Revocación del beneficio

Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Secretaría Penal, en autos: “D’Cristofano, Diego s/ Ejecución de condena”, Expediente N° 126/2005, del 14/07/05.

Sumario: La Cámara, actuando como tribunal de ejecución, revocó la semilibertad del interno por considerar que había incumplido una de las condiciones compromisorias. El incumplimiento en cuestión consistió en llegar treinta y tres minutos tardes. El Tribunal Superior revoca lo resuelto por el *a quo* por entender que, el incumplimiento, no constituye falta grave en los términos del art. 19 de la ley 24.660.

ACUERDO N° 29/2005: En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce días del mes de julio de dos mil cinco, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su Titular, **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, integrado por los Sres. Vocales, **Dres. JORGE O. SOMMARIVA, EDUARDO J. BADANO, RICARDO TOMÁS KOHON** y **EDUARDO FELIPE CIA**, con la intervención del Titular de la Secretaría Penal **Dr. JOSÉ DANIEL CESANO**, para dictar sentencia en los autos caratulados “**D’CRISTOFANO, Diego s/Ejecución de Condena**” (expte. N°126/2005) del Registro de la mencionada Secretaría, se procedió a practicar la pertinente desinsaculación, resultando que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Eduardo J. Badano; Dr. Eduardo Felipe Cia; Dr. Jorge O. Sommariva; Dr. Ricardo Tomás Kohon y Dr. Roberto Omar Fernández.

ANTECEDENTES: Por Resolución Interlocutoria N° 50/05 (fs. 186) la Cámara en lo Criminal de la Tercera Circunscripción Judicial, con asiento en la Ciudad de Zapala, resolvió, en lo que aquí interesa: “I. Revocar la salida laboral y familiar otorgadas oportunamente a **DIEGO D’CRISTOFANO**”.

En contra de tal resolución, el señor Defensor particular del penado D’Cristofano, Dr. Ignacio Armando Di Maggio, dedujo recurso de casación (fs. 188/189 vta.); cuya denegatoria motivó la correspondiente queja. Por Resolución Interlocutoria N° 75/2005 de este Tribunal Superior (fs. 197/199), tras hacer lugar al recurso de queja, este Cuerpo dispuso la admisibilidad formal de la casación deducida.

Por aplicación de la ley 2153 de reformas del Código Procesal (ley 1677), y lo dispuesto en el art. 423, 1° párrafo del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 202 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, el Tribunal se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?; 2°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar?, y 3°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión**, el **Dr. EDUARDO J. BADANO**, dijo: I. En contra de la Resolución Interlocutoria N°50/05 (fs. 186), dictada por la Cámara en lo Criminal de la Tercera Circunscripción Judicial, con asiento en la Ciudad de Zapala, el Sr. Defensor de confianza del penado D’Cristofano, Dr. Ignacio Armando Di Maggio, dedujo recurso de casación. Concretamente, bajo el carril casatorio previsto en el primer supuesto del art. 415 de la ley del rito, el recurrente cuestiona la errónea aplicación de ley sustantiva (en el caso: el art. 19 de la ley 24.660). Según lo expone en su presentación, el agravio del impugnante consiste en que: El Tribunal *a quo*, al revocar las salidas laborales y familiares de que gozaba su pupilo, por el hecho de arribar al lugar de detención treinta y tres minutos tarde, luego de una salida laboral y con autorización de su empleador (Guerrero), comporta una sanción que no guarda proporcionalidad con la falta cometida. En su apoyo cita prestigiosa doctrina que avala su tesis. En consecuencia, considera que el art. 19 de la Ley de Ejecución Penal, ha sido erróneamente aplicado o, en todo caso, aplicado con cierta rigurosidad; violentándose el principio de proporcionalidad, sin reparar que el incumplimiento no es grave ni tampoco reiterado.

II. Que luego de analizado el recurso, el decisorio impugnado y las demás constancias del legajo que se vinculan con el agravio desarrollado, soy de opinión —y así lo propongo al Acuerdo— que la casación deducida debe ser declarada procedente. Doy mis razones:

1°) Las constancias principales que se vinculan con la solución del presente incidente pueden sintetizarse de la siguiente manera:

A) Por resolución interlocutoria N° 333/2004, la Cámara resolvió: “I. Autorizar la ampliación de salida laboral de **DIEGO D’CRISTOFANO**, de lunes a sábados, en horario de 08,00 a 20,00 hs., para trabajar en el comercio del Sr. Fabián Espinoza, en Barrio Peñí Trapún, calle Mosconi 637 de Cutral Có, la que se concede bajo apercibimiento de revocarse, en caso de mal desempeño laboral, mala conducta dentro y fuera del establecimiento carcelario, incumplimiento del horario de regreso al lugar de alojamiento, ausencia del lugar de trabajo o ingerimiento de bebidas alcohólicas” (fs. 165).

B) A fs. 180, la Unidad de Detención N° 21 de la Ciudad de Cutral Co, informó a la Cámara que, con fecha 21 de enero de 2005, el penado se hizo presente en esa Unidad a las 20.33 hs.; ma-

nifestando que, la demora en que había incurrido, se debió a que se encontraba haciendo una “changuita [que] tenía que terminar”. Como consecuencia de ello, y con carácter transitorio, la autoridad administrativa suspendió la semilibertad de que venía gozando el interno “a la espera de una resolución de parte” de la instancia judicial.

C) A fs. 184, el empleador del penado (Sr. Espinoza) ratifica los dichos del interno.

D) A fs. 186, la Cámara, actuando como tribunal de ejecución, revoca la semilibertad otorgada.

2°) Que, los argumentos desarrollados por el *a quo* en el decisorio recurrido fueron los siguientes: “[...] ha quedado comprobado por parte de D’Cristofano el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la salida laboral acordada oportunamente, por el cual específicamente se le conminaba a cumplir el horario de regreso al lugar de alojamiento y no ausentarse del lugar de trabajo, [...] [correspondiendo], por las mismas razones [...]” su revocación.

3°) Respetuosamente, he de apartarme de la solución propiciada por la Cámara en cuanto revoca el instituto acordado. Ello así, por cuanto:

A) La doctrina científica ha evidenciado una constante preocupación por la búsqueda de sistemas de ejecución de la pena privativa de libertad de características más atenuadas con la finalidad de conciliar las exigencias del cumplimiento de la sanción con la disminución de los efectos negativos de la prisionización. Entre las instituciones que se vinculan con esta búsqueda, destaca, particularmente, la semilibertad. Ha expresado Luis R. Guillamondegui —en opinión que comparto— que: “la relación entre semilibertad y resocialización es sumamente estrecha. Sabemos que se procura alcanzar la resocialización a través de la implementación del tratamiento, **pero también resulta necesario la organización de un régimen sobre la base de equiparar en lo posible las condiciones de vida del establecimiento con las del medio libre, acordando las distancias entre el encierro y la libertad**” (cfr. “Régimen de semilibertad. Presupuestos de procedencia y pautas para su operatividad”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Revista del Instituto de Derecho penal y procesal penal del Colegio de Abogados y Procuradores del Neuquén, Año II, N° 2, abril de 2005, PubliFadecs, pp. 184 y 185. El énfasis me corresponde).

En sintonía con la afirmación precedente —y como un modo de confirmación a partir de un canon interpretativo sistemático— el art. 6° de la ley 24.660 establece una auténtica cláusula “pro régimen abierto” al disponer que se procurará “limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme a su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas [...]”.

B) Sobre la base de estos principios es que debe realizarse la interpretación de los factores que la ley ha establecido para revocar la semilibertad. Según el art. 19 de la ley 24.660, “en caso de incumplimiento de las normas, el juez suspenderá o revocará el beneficio cuando la infracción fuere grave o reiterada”. La norma citada permite realizar dos ordenes de apreciaciones:

a) Por una parte, que la sanción para casos de incumplimiento, **no se agota** en la revocación sino que, con carácter previo y sin llegar a esa medida extrema, es factible que el órgano jurisdiccional, **suspenda** el beneficio. Justo Laje Anaya, al ocuparse de la suspensión, expresamente ejemplifica con la hipótesis traída a estudio (cfr. *Notas a la ley penitenciaria nacional*, Advocatus, Córdoba, 1997, p. 66, nota N° 129). De ello se colige que, entre la suspensión y la revocación, existe una lógica graduación que se vincula con la entidad del incumplimiento. En términos generales “cuando se advierte que el incumplimiento de las normas a observar, pusieran de relieve, o fueran demostrativas de que el principio de autodisciplina ha sido rechazado por el condenado” procederá la revocación (cfr. LAJE ANAYA, *op. cit.*, p. 66, nota N° 130).

b) Pero además, la ley ha adjetivado el incumplimiento de determinada manera: debe tratarse de una infracción “grave o reiterada”; razón por la cual, también parece claro que, no ante cualquier incumplimiento, en forma automática, seguirá la revocación. En tal sentido, Carlos Edwards señala que “para aplicar la sanción, **no basta un mero incumplimiento [...]**” (cfr. *Régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 57).

c) La interpretación que vengo formulando permite dar la concreta solución a este caso. En primer término, aparece como una medida extrema apelar, directamente y sin ningún paso intermedio, a la modalidad de sanción más grave (revocación, en vez de suspensión) y, en segundo lugar, tampoco la infracción en que se incurrió parece alcanzar la gravedad que exige la ley para tomar la decisión que hoy se impugna. Ello, por cierto, no significa desconocer la existencia del incumplimiento: el mismo existió; pero, dada la justificación del empleador y la mínima entidad de la infracción, no parece proporcionada la sanción que, a la postre, aplicara la Cámara.

d) Por fin, y más allá de la solución que he propuesto, debe exhortarse al interno para que, en el futuro, no incurra en ningún tipo de incumplimiento, por leve que éste pueda ser. La razón de la recomendación es también clara: el penado conoce sus obligaciones y este pronunciamiento deberá servir de suficiente admonición.

Por los argumentos expuestos considero haber fundado la razón por la cual —y conforme ya

lo anticipara— la casación deducida debe ser declarada procedente. Mi voto.

El **Dr. EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

El **Dr. JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Que comparto la solución sustentada por el Vocal preopinante en primer término, atento los fundamentos dados a la presente cuestión. Mi voto.

El **Dr. RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Por compartir las conclusiones dada por el señor Vocal que sufragara en primer término, adhiero a la solución que propicia. Así voto.

El **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos, por el señor Vocal que votara en primer término, por lo que emito mi voto en igual sentido. Así voto.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. EDUARDO J. BADANO**, dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo, se case la resolución interlocutoria impugnada (por inobservancia de la ley penal sustantiva (arts. 415, inc. 1, y 428, del C.P.P. y C.) y, en consecuencia, previa certificación del recaudo mencionado por el inc. II del art. 17 de la ley 24.660, se vuelva a incorporar al interno al régimen de semilibertad del que venía gozando. Tal es mi voto.

El **Dr. EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Comparto la conclusión sustentada por el Vocal preopinante, atento los fundamentos dados a la primera cuestión. Mi voto.

El **Dr. JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Por compartir la solución dada a esta segunda cuestión, por el Dr. Eduardo J. Badano, voto en igual sentido.

El **Dr. RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Atento los fundamentos propiciados a la primera cuestión planteada, comparto la solución dada por el señor Vocal de primer voto a esta segunda cuestión.

El **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. EDUARDO J. BADANO**, dijo: Sin costas en la instancia (arts. 491 y 492, *a contrario sensu*, del C.P.P. y C.).

El **Dr. EDUARDO FELIPE CIA**, dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Eduardo J. Badano. Así voto.

El **Dr. JORGE O. SOMMARIVA**, dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

El **Dr. RICARDO TOMÁS KOHON**, dijo: Corresponde eximir de costas como lo expresa el Dr. Eduardo J. Badano. Así voto.

El **Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ**, dijo: Debe eximirse de costas al recurrente de conformidad con los arts. 491 y 492 del C.P.P. y C. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE: I. Hacer lugar al Recurso de casación** deducido por el señor Defensor Particular, Dr. Ignacio A. Di Maggio, a favor del condenado **DIEGO D'CRISTÓFANO**. **II. Casar la Resolución Interlocutoria N° 50/05**, obrante a fs. 186, dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Zapala, por inobservancia de la ley penal sustantiva (arts. 415, inc. 1, y 428 del C.P.P. y C.). **III. Reincorporar** al interno al régimen de semilibertad del que venía gozando, previa certificación del recaudo mencionado por el inc. II del art. 17 de la ley 24.660. **IV. Sin costas** (arts. 491 y 492, *a contrario sensu*, del C.P.P. y C.). **V. Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación, por ante el actuario, que certifica.

Presidente: Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ

Vocales: Dr. JORGE O. SOMMARIVA, Dr. EDUARDO J. BADANO, Dr. RICARDO TOMÁS KOHON, Dr. EDUARDO FELIPE CIA.

Secretario: Dr. JOSÉ DANIEL CESANO