

Tomo: Garantías constitucionales y nulidades procesales - I.

Año: 2001

INVALIDEZ DE LOS ACTOS PROCESALES Y FORMAS DEL PROCESO

Autor:

Binder, Alberto M.

Sumario: I. Introducción. II. El abandono del principio de legalidad. III. ¿Es necesaria una nueva teoría de las nulidades en el proceso penal?

I. Introducción

En un reciente ensayo que presentaba conclusiones provisionales [1] traté de encarar el problema de las nulidades procesales desde una perspectiva distinta, con la intención de clarificar un conjunto de conceptos que permitieran ordenar la jurisprudencia variopinta sobre la invalidez de los actos procesales y recogiendo una insatisfacción que ya la doctrina había expresado [2]. Por otra parte, la publicación de este artículo me permite responder a algunas de las primeras críticas [3] y ampliar la explicación de algunas ideas que todavía se hallan confusas en aquel libro [4].

Sin embargo, antes de ello, me parece oportuno realizar una síntesis de las ideas principales y los propósitos del trabajo criticado, aunque sea de un modo esquemático:

1. Tanto el régimen de nulidades, que normalmente se halla legislado en los códigos procesales de nuestro país, como la jurisprudencia que acompaña dicha legislación carecen de una orientación precisa y responden más a una actitud valorativa frente al caso -que luego siempre hallará algún concepto que la avale- que a una sana interpretación de la ley, aun con las discrepancias naturales, propias del trabajo hermenéutico.

2. El desorden jurisprudencial produce diversos efectos negativos: a) facilita el "litigio indirecto" que busca llevar el caso hacia las formas y no hacia el fondo del asunto; b) permite construir soluciones aparentemente fundadas en la ley pero que constituyen flagrantes violaciones al régimen constitucional; c) aumenta el costo "social" de la invalidez de los actos procesales, generando impunidad por el atraso de los procesos o por la falta de utilización de los elementos saneadores; d) oculta la "ideología del ritualismo" que nutre la estructura y la cultura de nuestros sistemas inquisitivos y preserva un modelo de proceso en el que el ejercicio del poder se encuentra en el trámite y no en las decisiones jurisdiccionales.

3. La primera razón de este estado de cosas es que los ordenamientos procesales pretenden conciliar dos políticas legislativas que son incompatibles entre sí. Por un lado, el sistema de nulidades taxativas y, por el otro, el control de constitucionalidad del sistema procesal que también se expresa en el régimen de las nulidades. Esta confusión es notoria ya que los textos procesales, por una parte, establecen la "norma general" fundada en el principio de taxatividad y, sólo con unos artículos de diferencia y bajo el rótulo de "nulidades genéricas", se establece la obligación de declarar de oficio aquella nulidad que nace de la violación de garantías constitucionales.

4. Ambos sistemas son incompatibles ya que el principio de "legalidad" o "taxatividad" de las nulidades presupone la validez de los actos procesales, nace como parte de la cultura de la legalidad que se inicia en el siglo XIX -una de cuyas características es la desconfianza en los jueces- y quiere evitar una interpretación distorsiva de la legislación procesal, tan sólo admitiendo una interpretación, en el mejor de los casos, lo más restrictiva posible. Este proyecto de política legislativa no sólo es objetable en sí mismo sino que no produjo los efectos deseados, entre otras razones porque la doctrina elaboró una serie de conceptos (nulidades genéricas, implícitas, virtuales, actos inexistentes), todos ellos

tendientes a desarticular las pretensiones del principio de legalidad o taxatividad de las nulidades. Las pretensiones de hacer convivir el régimen originario con todo ese arsenal de conceptos contrarios al espíritu y la idea del sistema de pas de nullité sans texte, sólo ha producido un aumento del problema descrito en los puntos 1 y 2.

5. El segundo sistema, vinculado a una política legislativa que busca darle una vigencia más amplia y cotidiana a los textos constitucionales y a los pactos internacionales de derechos humanos (como lo pretende nuestra reforma constitucional de 1994) actúa en sentido contrario al anterior. No admite una presunción de validez de los actos procesales, interpela a los sistemas procesales desde las exigencias constitucionales, propone una interpretación amplia, extensiva y analógica de los principios de protección y el desarrollo progresivo de todas las garantías judiciales. El principio de legalidad o taxatividad -y la interpretación restrictiva que le es aneja- no cumple ninguna función dentro de este sistema. Al contrario, se debe regir por principios contrarios, tales como el de progresividad y ampliación permanente del reconocimiento y la vigencia de los derechos fundamentales. Es imposible compatibilizar ambos sistemas y su coexistencia produce confusión en la jurisprudencia y oscuridad en las leyes procesales.

6. Otro campo de confusiones proviene de la utilización (por un efecto de arrastre histórico y por la primacía que tradicionalmente tuvo el Derecho Privado en la fijación de los conceptos generales del Derecho) del aparato conceptual vinculado a la nulidad de los actos jurídicos en general. Para que esta utilización sea posible, la teoría de la nulidad debe centrarse en el concepto de "forma", ya que la "forma procesal" no sería más que una subespecie de la "forma jurídica". Un análisis de este tipo oculta las distintas funciones que tienen las formas en sus distintas especies. El traslado, desde esta perspectiva, de conceptos como nulidades absolutas y relativas, actos nulos (y su extensión hacia la inexistencia) y actos anulables y la confusión entre la "nulidad" como atributo y la "nulidad" como respuesta, así como el uso de la idea de sanción, todos conceptos vinculados a la teoría general de la nulidad de los actos jurídicos, han aumentado el desorden conceptual y sobre todo han apartado a la jurisprudencia del análisis funcional de la invalidez procesal.

7. En definitiva hay razones históricas (confluencia de modelos incompatibles), de mala técnica legislativa (normas contradictorias), razones teóricas (un marco conceptual que gira alrededor de la idea de "forma" y no de "función" y por ende un traslado equívoco de conceptos de un sector a otro) y razones políticas (persistencia del trámite como eje político del sistema inquisitivo) que nutren el desorden jurisprudencial y conceptual alrededor de la invalidez de las formas procesales en la justicia penal. Desorden que genera efectos lo suficientemente perniciosos como para motivar una reflexión renovada y más profunda sobre estos temas.

8. Frente a este problema han existido cuatro respuestas que en mi opinión no son satisfactorias: a) el intento de construir un modelo teórico completo que le dé cabida a todos los conceptos tradicionales (Carlos Creus) [5]; b) el intento de ordenar la jurisprudencia, marcando tendencias más profundas en ella (Francisco D'Álora) [6]; c) el intento de elevar el aparato conceptual clásico hacia la interpretación constitucional, llevando el principio de legalidad hacia la base de la Ley Fundamental y los pactos internacionales (Nelson Pessoa) [7], y d) el intento de poner orden conceptual -parcialmente- desde la teoría general del Derecho (Julio B. J. Maier) [8]. Me remito al libro sobre incumplimiento de las formas procesales, ya citado, para el desarrollo más extenso de este tema y espero haber acertado en la descripción sintética de la intención de cada uno de estos procesalistas.

9. La propuesta provisional de mi ensayo consiste en sostener que todo el aparato conceptual construido sobre las bases ya señaladas (principio de legalidad y taxatividad de las nulidades, nulidades absolutas y relativas, genéricas y específicas, nulidades virtuales, implícitas y genéricas, actos inexistentes, etc.) debe ser abandonado, promoviendo una renovación conceptual que simplifique la teoría de las nulidades y construya un instrumento de análisis más sencillo y productivo para la jurisprudencia. Por supuesto, esto influye de un modo directo sobre el recurso de casación, sumido en la misma crisis que el sistema de nulidades.

10. Ello se logra, en primer lugar, cambiando el eje del análisis formal hacia el análisis funcional. La mayoría de los autores dan por presupuestas las funciones de las formas procesales cuando en realidad ello es un tema complejo que requiere reflexión e investigación. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia; se discute con preciosismo el cumplimiento o incumplimiento de las formas, pero rara vez su función. Ejemplo grotesco de este descuido es la delegación de funciones, donde se repiten miles de actas que contienen falsedades sin siquiera guardar algo de recato o de pudor, mientras se encuentran en ellas las fórmulas sacramentales. Por el contrario, la ausencia de la más mínima de ellas -por

ejemplo la falta de una firma insustancial- puede generar severas reprimendas al culpable.

11. Cuando rescatamos el análisis funcional vemos que las formas (requisitos legales y secuencias previstas legalmente) no cumplen una función única sino tres funciones diferentes (que han quedado ocultas tras el carácter monolítico de los sistemas inquisitivos).

Una es la función que cumplen respecto del sistema de protección del ciudadano frente al uso arbitrario del poder punitivo (sistema de garantías). Otra es la función que cumplen respecto del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial, que sólo puede estar en cabeza de la víctima y nunca en un funcionario del Estado (los derechos fundamentales son del individuo no del Estado) y, en tercer lugar, otra es la función que cumplen las formas procesales respecto del abogado que paga el Estado para impulsar los procesos penales (fiscales) a favor de las víctimas (individuales y colectivas, cuya forma final es el conjunto de la sociedad como víctima, pero siempre como un colectivo de personas y no como una entelequia política).

12. En lo que respecta a la primera función es necesario realizar una aclaración. Los principios de protección del ciudadano, que conforman una estructura prevista en las Constituciones nacionales y provinciales, así como en el conjunto de pactos internacionales sobre derechos fundamentales, por una parte, están reconocidos legalmente y, por otra parte, están garantizados. El nivel de reconocimiento y el nivel de garantía no coinciden (aunque deberían ser equivalentes). Un principio está garantizado cuando existe un mecanismo legal que, al advertir la afectación del principio, genera en el juez la obligación de repararlo. Las formas procesales son las que permiten este mecanismo, al trasladar el principio reconocido en las leyes fundamentales al funcionamiento del caso concreto en la estructura procesal. Ello explica por qué razón las formas procesales no pueden configurarse por fuera de las exigencias propias de los principios constitucionales (como todavía sucede en nuestro país). Esta función de traslado hace que las formas sean la garantía. Entendiendo que "garantizar" (al igual que lo que sucede con un crédito) no significa ni cobro inmediato ni reparación inmediata, sino la existencia de un mecanismo que facilita el cobro o la reparación y por lo tanto fortalece el crédito o el principio.

Creo que la analogía es válida.

13. La segunda función de las formas es totalmente distinta. El Estado le reconoce a la víctima (de carne y hueso, aunque sean muchas, aunque seamos todos) un derecho a la tutela judicial, que es la contrapartida de la prohibición de la autotutela. Este reconocimiento o esta facultad está condicionada al respeto de ciertas reglas, vinculadas tanto a la protección del ciudadano como a las finalidades de pacificación que fundan, precisamente, la prohibición de la autotutela. Las formas procesales son las que establecen esas condiciones como expresión concreta de lo que llamamos institucionalización del conflicto.

14. La tercera función de las formas procesales se vincula a la actividad del Ministerio Público. Aquí las formas tienen también otra función distinta. El fiscal interviene en el proceso, no como una parte "natural" sino como una forma de fortalecer la situación de la víctima (individual, comunitaria, colectiva), pero lo hace también de un modo tal que se respeten los principios de protección del ciudadano y de institucionalización del conflicto ya que allí se juegan las funciones mismas del Estado, tanto su misión pacificadora como la legitimidad que surge del trato respetuoso al imputado. Por ello, las formas procesales con relación al Ministerio Público son la expresión concreta del principio de objetividad.

15. La primera conclusión del trabajo, en consecuencia, es la siguiente: si se quiere hacer un análisis funcional y las funciones son tan diferentes, no puede existir en los ordenamientos procesales un solo régimen de nulidades y, por lo tanto, no existe ninguna utilidad en construir una teoría unitaria de las nulidades, ni siquiera dentro del proceso penal, menos aún vinculada a otras formas de proceso o a la generalidad de los actos jurídicos. Por supuesto que siempre es posible construir una teoría unitaria, pero, repito, no es útil ni productivo para el análisis funcional, y el desorden actual de la jurisprudencia sumado a la crisis de la casación es una prueba de ello.

16. Pareciera que la tripartición vuelve más complejo el problema, pero no es así, dado que clarifica la dinámica de la actividad procesal defectuosa. Para ello es necesario poner orden en el lenguaje que utilizamos. Existe un momento de

reconocimiento de la invalidez, cuando la forma ha sido incumplida y su función específica afectada. A este momento no lo podemos llamar "nulidad" o "acto nulo" porque ello ha generado muchas confusiones. Se trata, simplemente, de un acto procesal inválido. Las respuestas frente a un acto procesal inválido son sólo tres: una, se repara el principio afectado (no la forma) y se produce, en consecuencia, el saneamiento. Dos, se reconoce el acto inválido pero se absorbe el defecto, sobre la base de la preservación de otros principios superiores. A esto lo llamamos convalidación. Y por último, frente al acto procesal inválido respecto del cual no es posible ni el saneamiento ni la convalidación, se lo priva de todo efecto. A esto lo llamamos nulidad o acto nulo.

17. De cómo juegan estas tres respuestas dependen cada uno de los tres regímenes de nulidad que tienen los sistemas procesales. Por ejemplo, la regla general respecto del sistema de garantías (protección del imputado) es el saneamiento y como último recurso la nulidad. Pero no ocurre lo mismo con el régimen de nulidades vinculadas a la tutela judicial, donde la convalidación cumple un papel importante y también es diferente respecto del Ministerio Público, donde el papel que cumple la nulidad del acto es muy estrecho. Todo esto tiene un mayor desarrollo en el trabajo que estoy resumiendo y hacia allí remito al lector, aunque todavía hace falta mayor reflexión teórica y discusión. Creo que este pequeño resumen permite comenzar a precisar y contestar algunas críticas que nos permitan avanzar en la línea de la clarificación de un tema que ha tenido fama de oscuro y complejo, cuando no es necesario -y menos aún conveniente- que así lo sea.

II. El abandono del principio de legalidad

Se acepta todavía como un dogma el principio de legalidad y taxatividad de las nulidades. Ellas sólo pueden ser declaradas cuando están expresamente previstas en la ley y ése es el sentido de la frase "bajo pena de nulidad" que todavía conservan muchos de nuestros códigos procesales.

Es paradigmática, al respecto, la explicación de Clariá Olmedo:

"Nuestros códigos modernos se han orientado decididamente por el llamado sistema legalista o de la sancionabilidad expresa, que con respecto a las nulidades procesales penales tuvo su entronización legislativa en el Code d'Instruction Criminelle de 1808 (art. 408) y en materia de Derecho Privado receptó nuestro Código Civil (art. 1037). A este fin, la regla se sienta de la siguiente manera: sólo pueden ser declarados nulos, o sólo serán nulos, los actos procesales en los cuales no se hubieren observado las disposiciones expresamente prescritas «bajo pena de nulidad»" [9].

Sin embargo, el propio Clariá diluye la fuerza del principio, aceptando la conminación genérica e incluso la "nulidad implícita", renuncia clara a la fórmula general que apenas unos párrafos antes se proclamaba [10]. Algo curioso, incluso, es el razonamiento de un jurista de la talla de Ricardo Núñez quien señala que (advertimos al lector que invertimos la frase para que quede claro el razonamiento) "la ineficacia de un acto procesal cumplido irregularmente, sólo puede derivar de una amenaza expresa y categórica de la ley que lo disciplina [...] al margen (dejando a salvo) las consecuencias de la supremacía de la Constitución y de la prelación de las leyes nacionales [...] los preceptos legales sobre la nulidad de los actos deben interpretarse restrictivamente, pues la interpretación extensiva o la aplicación analógica desvirtuarían el régimen legal cerrado que está en vigencia" [11]. Dicho de otro modo, lo que sostiene Núñez es que el régimen de nulidades conforma un régimen legal cerrado, que debe ser interpretado restrictivamente, salvo cuando esté en juego la supremacía de la Constitución y las leyes nacionales. Así expuesto, el principio carece de sentido, mucho más aún si se aceptan las nulidades genéricas, con lo que el principio carece de sentido incluso en la dimensión "intraprocesal".

Si el principio de legalidad, el sistema cerrado o la taxatividad de las nulidades significa lo que hemos expuesto, carece de sentido sostenerlo. No sólo porque se afirma con la mano el principio que se borra con el codo sino porque el mantenimiento de una regla general tan "fuerte", pero tan desmentida (es decir, con tan claro contenido dogmático en el peor de sus sentidos), produce confusión y permite echar mano a ella sobre la base de puras valoraciones. Es decir, al contrario de lo que enuncia, esa cláusula está al servicio del decisionismo judicial y de un decisionismo que no muestra con claridad su rostro sino que lo esconde tras un laberinto de razonamiento y fórmulas insustanciales.

Nelson Pessoa señaló con claridad el problema, pero trata de salvar el principio de legalidad llevándolo al plano

constitucional. Ese esfuerzo (algo parecido trata de hacer Creus con la idea de "tipo constitucional") no sólo es infructuoso sino que introduce la posibilidad de sostener criterios de interpretación restrictiva en el plano de las libertades públicas, lo que contraría el espíritu constitucional y es altamente riesgoso si recordamos los sucesivos avales que nuestra Corte Suprema ha dado a gobiernos dictatoriales y fraudulentos de todo tipo. Además no se percibe cuál es el beneficio de mantener un principio que nadie sostiene en serio, ya que toda la doctrina que lo proclama admite al mismo tiempo las formas virtuales e implícitas de nulidad o ha elaborado la difusa categoría de "acto inexistente".

En un comentario reciente al libro sobre nulidades que sintetice en la introducción, Julio B. J. Maier [12] admite el criterio sostenido en dicha obra y señala con claridad el objetivo de una nueva reflexión: "Ello implica la destrucción de un sistema de invalidación, aunque no lo parezca, por las contradicciones de su elaboración conceptual y de su práctica jurídica. Sin embargo, parece también necesario acentuar estas contradicciones para verificar la sinrazón y así proponer un nuevo sistema que tenga en cuenta la razón de ser de las formas procesales" [13].

Es que de eso se trata en definitiva; seguir sosteniendo de un modo acrítico un principio que la misma doctrina y la práctica desmienten cotidianamente se ha convertido en un dique que impide una renovación conceptual imperiosa e imprescindible. Un nuevo enfoque sobre las nulidades en el proceso penal debe tener la capacidad para realizar esa renovación conceptual. Afincarse en esa renovación conceptual en el análisis funcional de las formas me ha parecido un camino rico, lleno de sugerencias y también de problemas. Por otra parte, la necesidad política de fortalecer día a día los principios de protección de las libertades públicas frente a las prédicas antirrepublicanas y antidemocráticas que se instalan con sorpresiva comodidad en los discursos públicos, nos obligan a realizar un esfuerzo para preparar y mejorar el sistema institucional que nos preservará del abuso del poder, de la irracionalidad provocada por la prédica demagógica y de los salvadores de la patria que tradicionalmente han desconocido el valor de nuestras leyes fundamentales.

III. ¿Es necesaria una nueva teoría de las nulidades en el proceso penal?

En el comentario citado Maier se muestra algo escéptico sobre la necesidad de realizar tal esfuerzo. No en cuanto a la necesidad de reinterpretar en su conjunto el régimen de invalidez de los actos procesales (que es lo que en definitiva ha comenzado a realizar con sus nuevos aportes a la teoría de los recursos) [14], sino en cuanto a si para ello es necesario abandonar la pretensión de construir una teoría unitaria de las nulidades procesales y sobre la necesidad de renovar todo el aparato conceptual.

Sí coincide en ciertas clarificaciones semánticas (por ejemplo, en el doble uso de la palabra nulidad) para dotar de mayor precisión a una o varias teorías. Planteado así el problema parece puramente teórico y efectivamente lo es: porque si existe una tarea para la comunidad científica es justamente clarificar conceptos y elaborar teorías que nutran adecuadamente la práctica y le permitan cumplir cabalmente sus funciones dentro del esquema constitucional. Eso es lo mínimo que deberíamos esperar de la actividad de investigación universitaria y que en nuestro país brilla por su ausencia.

Planteado de otro modo podríamos decir lo siguiente: ¿el paso del análisis formal al análisis funcional requiere una nueva teoría de las nulidades? Mi respuesta es afirmativa y esa posición se funda no sólo en los defectos del enfoque que critico sino en la necesidad de dejar atrás una tradición ritualista y burocrática cuya persistencia nos obliga a combatirla en todos los frentes posibles y cuyos efectos perniciosos nos empujan hacia una crítica radical y no un mero cambio de palabras.

La actual teoría de las nulidades en el proceso penal es un somnífero que le sirve a los jueces para soportar diariamente una administración de justicia penal que sólo funciona si se nutre día a día con crecientes dosis de una ilegalidad que no se puede declarar sin pagar altos costos sociales.

Desarmar ese círculo vicioso que nos lleva a convalidar flagrantes violaciones constitucionales o tener que declararlas con un desmedido costo social es una de las tareas principales que deben asumir los teóricos del Derecho Procesal (es el problema de las verdaderas y falsas antinomias del proceso penal del cual ya hemos hablado en distintos ensayos y conferencias).

Maier ha demostrado en su libro [15] que la utilización de la idea de sanción para la respuesta que le priva de efectos al acto inválido no sólo no se justifica por el tipo de norma que subyace al problema de la invalidez sino que produjo el efecto negativo de generar un falso paralelismo entre la "ilicitud penal" y la "ilicitud procesal". La vieja frase "la nulidad es al Derecho Procesal lo que la pena es al Derecho Penal" arrastra tras de sí todo un esquema conceptual equivocado que es necesario abandonar, en especial en la pedagogía universitaria.

Por otra parte, si el análisis funcional nos aleja del eje de las "formas de los actos jurídicos", no se vislumbra la ganancia de utilizar las categorías de actos nulos o anulables (que por otra parte son de poco uso en el Derecho Procesal -cuando en realidad su origen tiene más que ver con instituciones procesales, entre ellas la querrela nullitatis-).

La categoría de "inexistencia" es de por sí problemática, y en el contexto del proceso penal mucho más aún, por la persistente vocación de muchos funcionarios de no desprenderse ni siquiera de aquello que "no existe", para poder leerlo, por las dudas, en la dimensión oculta de la "inexistencia" (donde moran, por ejemplo, la delegación de funciones de la que nadie habla, las sentencias dictadas con antelación al juicio oral, las declaraciones nulas "de nulidad absoluta" pero que nadie destruye, las deliberaciones ficticias, las "presencias" de los jueces en miles de audiencias simultáneas y otros tantos fenómenos sobrenaturales propios de la justicia penal).

Si, por otra parte, y como hemos propuesto en nuestro ensayo, abandonamos el principio de legalidad y sus consecuencias de taxatividad, tampoco serán necesarias categorías tales como nulidades genéricas, virtuales e implícitas.

Nos queda el binomio "nulidades absolutas" y "nulidades relativas" de gran fuerza semántica pero de escasa utilidad práctica. Si, como hemos señalado, la idea de "nulidad relativa", es decir, aquella que puede ser convalidada por el sistema procesal ya que su declaración está sujeta a condiciones, no es aplicable al régimen de nulidades que protege al imputado, entonces carece de sentido construir un binomio de algo que pertenece a un solo campo funcional. Como hemos indicado -y desarrollado más ampliamente en nuestro ensayo-, la idea de convalidación sólo cumple funciones con relación a los actos inválidos que perjudican a la víctima, ya sea directamente o a través del Ministerio Público. Y si ello es así, la idea de "relativo" sólo expresa el particular modo de funcionamiento del régimen de nulidades en ese campo sin que la referencia al régimen del imputado tenga otro significado que el afán clasificatorio.

Vemos pues que si podemos dejar atrás conceptos tales como régimen taxativo de las nulidades, principio de legalidad, sistema cerrado, actos nulos o anulables, nulidades genéricas, sanción procesal, nulidad virtual, implícita o genérica, actos inexistentes, forma de los actos jurídicos, tipo procesal, nulidades absolutas y relativas, ¿qué nos queda del aparato conceptual de la vieja teoría de las nulidades en el proceso penal?, ¿nada? No. Nos quedan las únicas cuatro palabras que necesitamos: "acto procesal inválido" (como reconocimiento), y "saneamiento", "convalidación" y "nulidad" (como las tres únicas respuestas posibles).

Ahora bien, con esta depuración conceptual nada hemos avanzado en el problema de si es posible o no una teoría unitaria. Sin duda que es posible construir una teoría unitaria que en su formulación sencilla diría algo así: "las formas procesales cumplen distintas funciones según los sujetos procesales. Cuando un acto procesal es inválido nos advierte sobre el incumplimiento de alguna de esas funciones y desencadena el deber judicial de reparar los principios que se hayan afectado o de privar de efectos al acto defectuoso. Esta actividad judicial será obligatoria cuando se trata de garantizar los principios de protección del ciudadano frente al poder penal o estará condicionada a una actividad previa de los otros sujetos procesales cuando afecte sus intereses". Sobre esa base sencilla se podría reconstruir una nueva teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal. ¿Pero es ello conveniente? No lo creo.

En primer lugar porque si observamos bien para poder construir esa teoría unitaria hemos corrido nuevamente el eje -de un modo casi imperceptible- de las funciones procesales a la dinámica del "reconocimiento/respuesta". Es decir, un mismo reconocimiento (invalidez) y distintas combinaciones de respuestas. Pareciera -y sólo pareciera- que ésa es la opinión de Maier, en el comentario citado. Pero creo que otra vez caemos en el error originario, que consiste en apartar (y siempre se comienza de un modo casi imperceptible) a las formas procesales de sus funciones específicas. El poder de las burocracias judiciales, la tendencia al conceptualismo vacío de buena parte del pensamiento jurídico, la persistencia de la ideología del ritualismo, la fuerte cultura inquisitiva y el arraigo de los conceptos antiguos no es un dato menor a la hora de reconstruir una o varias teorías de las nulidades.

En el fondo toda teoría es, al menos, una estrategia de develamiento de nuestro entorno, tensionado por exigencias operativas. En una metáfora de Otto Neurath que para algunos parecerá extraña proviniendo de uno de los fundadores del Círculo de Viena, se nos muestra la dificultad y los condicionantes de esta tarea: "imaginemos que somos como marineros que en alta mar tienen que cambiar la forma de su embarcación para hacer frente a los destrozos de la tempestad. Para transformar la quilla de su nave tendrán que usar maderos a la deriva o tal vez tablas de la vieja estructura. No podrán, sin embargo, llevar la nave a puerto para reconstruirla de nuevo. Y mientras trabajan tendrán que permanecer sobre la vieja estructura de la nave y luchar contra el temporal, las olas desbocadas y los vientos desatados. Al ejecutar los trabajos de transformación deben tener cuidado de que no se produzcan vías de aguas peligrosas. Paso a paso la vieja embarcación se va convirtiendo en otra nueva" [16].

La discusión teórica sobre si es posible o conveniente construir una o varias teorías de las nulidades, sobre la base de los cuatro conceptos simples que hemos resguardado, debe tomar conciencia del contexto en el cual debe construir sus

teorías y para qué sirve la ordenación conceptual. En este sentido, no es conveniente nada que nos aleje, poco o mucho, de la estrecha relación entre formas procesales y sus funciones específicas, ya que ello no es más que otra manifestación de una administración de justicia que se desentiende de sus funciones y efectos mientras se entretiene en sus jergas y liturgias. Por ello, estrechar la construcción de conceptos a cada una de las funciones específicas, vinculadas a la realidad de cada sujeto procesal y custodiar que el eje funcional no sea desplazado es la simple y suficiente razón que justifica la construcción de tres teorías distintas que expliquen el funcionamiento del régimen de invalidez de los actos procesales en los sistemas adversariales, cuya lógica es bien distinta del carácter monolítico y uniforme de los sistemas inquisitivos que aún rigen en nuestro país y que apenas, sólo apenas, estamos comenzando a abandonar con gran esfuerzo.

* Director ejecutivo del INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales).

1 BINDER, Alberto M., El incumplimiento de las formas procesales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

2 Ver al respecto: PESSOA, Nelson, Las nulidades en el proceso penal, Mave, Corrientes, 1997.

3 En especial las realizadas por Julio B. J. Maier en el comentario bibliográfico al libro citado, que se publicará en Nueva Doctrina Penal, año 2001-A, que aún se halla en prensa pero el autor tuvo la gentileza de alcanzarme los originales.

4 Aprovecho para pedir disculpas a los lectores por las numerosas erratas de esa edición. Espero que pronto se subsanen en una nueva reimpresión del libro.

5 CREUS, Carlos, Invalidez de los actos procesales, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997.

6 D'ÁLBORA, Francisco, Comentarios al Código Procesal Penal de la Nación, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

7 PESSOA, ob. cit.

8 MAIER, Julio B. J., Función normativa de la nulidad, Depalma, Buenos Aires, 1980.

9 CLARIÁ OLMEDO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, Buenos Aires, t. IV, p. 1961.

10 CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., p. 198.

11 NÚÑEZ, Ricardo, Código Procesal Penal de Córdoba anotado, 2ª ed., Córdoba, 1986, p. 148. Los agregados entre paréntesis y la inversión de la frase son nuestros, pero no alteran el sentido.

12 MAIER, comentario citado en Nueva Doctrina Penal. No puedo sino agradecer una vez más las palabras de afecto personal que contiene ese comentario. Maier y quienes nos conocen saben que yo aprendí Derecho Procesal Penal con él, así que todo lo que escriba en ese campo será siempre un tributo a su generosidad.

13 MAIER, ob. cit., en prensa.

14 MAIER, Julio B. J., El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?, en ABREG15 Función normativa... cit., en especial el capítulo final.

16 NEURATH, Otto, Fundamentos de las Ciencias Sociales, Taller Ediciones Josefina Betancor, Madrid, 1973, p. 152. Francisco Fernández Buey, quien también cita este párrafo en La ilusión del método (Crítica, Barcelona, 1991), señala otra variante de la misma idea: ¿Somos como marineros que han de elegir una ruta mientras se encuentran en un mar neblinoso y borrascoso? (Dalla Chiara y Toraldo di Francia); (ver ps. 229 y ss.).