

La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal

Julio E. Salas Vivaldi

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

Conviene recordar que cualquiera que sea la inspiración jurídica o filosófica que oriente las diversas concepciones del proceso, todas coinciden en sus propósitos superiores de permitir la sustanciación de los litigios frente al Estado y que se desarrolla a través de un conjunto de actos sucesivos que descansan unos en otros, a través de los cuales la partes plantean y demuestran sus pretensiones y el juez decide respecto de la legitimidad de las mismas.

Este conjunto de actos y actuaciones, sea que las ejecuten las partes o el juez, están regulados por la ley, y resulta evidente que para que el proceso que los cobija sea el adecuado medio para pedir y otorgar justicia, deben realizarse de la manera como aquélla lo dispone. Si así no sucede, el proceso pierde la condición de instrumento propicio para una justa y legal sentencia.

Los actos irregularmente realizados, en general, no podrán producir de manera idónea los efectos que la ley asigna a los que han sido ejecutados en forma correcta, por lo que habrá que restarles valor dentro del proceso, destruirlos o corregirlos, lo que se obtiene mediante la nulidad procesal.

Podemos definir la nulidad procesal, tanto en el campo civil como penal, como la sanción mediante la cual se priva a un acto o actuación del proceso o a todo él de sus efectos normales previstos por la ley, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por aquélla.

Su finalidad, entonces, es restarle valor a la actuación viciada, destruirla, tenerla como no sucedida, en atención a que ha dejado de constituir el medio idóneo para cumplir la finalidad que dentro del proceso le ha asignado el legislador.

Su fundamento radica en proteger el ordenamiento jurídico que rige el proceso –sea civil o penal–, lo que no sólo interesa a los litigantes, sino también a la sociedad, que descansa y está estructurada por ese ordenamiento jurídico que ella misma se ha dado.

Aun más, a través de la sanción de anular las actuaciones del proceso realizadas con desviación de las normas legales pertinentes, castigo que puede llevar a la ineficacia de todo él, se está protegiendo la garantía constitucional llamada del debido proceso, sancionada en el numerando tercero del artículo 19 de la Carta Fundamental, que a la letra promete que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”. Derecho este que reitera el artículo 1° del Código Procesal Penal, específicamente respecto de la declaración de culpabilidad criminal de las personas, la que sólo puede provenir de un juicio previo, oral y público desarrollado de conformidad a su texto.

Normas aplicables a la nulidad procesal en el juicio penal

El texto legal que nos preocupa ha dedicado el título VII de su libro primero a reglamentar la institución materia de estas explicaciones. Este párrafo comprende desde el artículo 159 al 165 inclusive.

Sin embargo, no son las señaladas las únicas normas destinadas a regir la nulidad procesal en el campo penal, aunque sí las primarias. En efecto, el artículo 52 se encarga de señalar textualmente que: Serán aplicables al procedimiento penal en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el libro primero del Código de Procedimiento Civil”.

Conforme a lo anterior, entonces, y como se dijo, deberán primero aplicarse en materia de ineficacia de actos irregulares del proceso penal las reglas que específicamente se prescriben en el mencionado Título VII, las que serán materia de las explicaciones que siguen.

Además de tales reglas, en carácter de supletoria y con la prevención señalada, tendría vigencia la normatividad relativa a la nulidad procesal contenida en el Código de Procedimiento Civil, específicamente las del Título IX de su Libro Primero. Pero, además regirá cualquiera otra disposición relativa a la nulidad, como, por ejemplo, el artículo 80, siempre que se cumpla la condición anotada.

Lo dicho respecto de las normas que rigen la nulidad en el proceso penal vale también en general para los aspectos civiles en él involucrados, como sucede con lo relativo a las prestaciones pecuniarias originadas en los hechos delictuales.

Finalmente, las explicaciones que a continuación se expresan rigen también al procedimiento abreviado por mandato del artículo 415, en lo pertinente.

Características de la nulidad procesal

Del conjunto de disposiciones reglamentarias de la nulidad procesal extraeremos las principales características de la institución. Podemos señalar las siguientes:

1) La nulidad procesal debe ser declarada por resolución judicial

Dicho de otra manera, la nulidad procesal como la civil no produce efectos de pleno derecho. Debe ser declarada por el juez y mientras ello no ocurra al acto irregularmente ejecutado se le atribuirán todos los efectos señalados por la ley y queda saneado definitivamente una vez terminado el juicio. Ello quiere decir que siempre debe mediar una decisión judicial de nulidad, provocada por las partes la mayoría de las veces, de propia iniciativa del tribunal, en otras como se dirá más adelante. Mientras ello no ocurra, el acto irregular producirá, no obstante su ineptitud, las consecuencias previstas por la ley para uno normal, con los consiguientes perjuicios para los litigantes.

Esta característica es común a toda clase de nulidad y surge de los principios generales que gobiernan la institución en las diversas manifestaciones del Derecho. Por otra parte, nadie puede hacerse justicia por sí mismo y por sí y ante sí privar de sus efectos a un acto del proceso, prescindiendo unilateralmente de él.

Los redactores del Código Procesal Penal estimaron necesario acentuar este principio y darle expresa consagración en su texto, aunque no de una manera directa.

Efectivamente, los artículos 161, 162, 163 y 165 se refieren en sus textos a "la declaración de nulidad", para referirse a la necesidad de que ella conste en una resolución emanada del respectivo órgano jurisdiccional, que luego precisaremos.

Lo expuesto recuerda que en doctrina se distingue entre actos inexistentes y actos nulos. Entendemos por los primeros aquellos que carecen de las condiciones indispensables para ser concebidos, los que son meros hechos, o, en fin, como dice Laurent, los que no existen a los ojos de la ley. Los segundos, por su parte, si bien han sido realizados imperfectamente, las irregularidades de que adolecen no los privan de su carácter de actos jurídicos, pero impiden que puedan producir los efectos normales señalados por la ley.

Inexistente sería, por ejemplo, una pseudosentencia que carece de la firma de los jueces que la dictaron en el juicio oral o corresponde a magistrados que no la pronunciaron u omisión de la audiencia de formalización de la investigación, o en fin, una declaración del imputado sin respetarse los requisitos del artículo 91.

En doctrina las diligencias así ejecutadas no necesitan de una declaración de ineficacia, pues la inexistencia, a diferencia de la nulidad, opera de pleno derecho. Pero sabemos que nuestros tribunales son reacios a distinguir entre ambas instituciones jurídicas, especialmente porque, a más de ser sutil la diferencia entre ellas, sus efectos son prácticamente los mismos.

En atención a lo anterior, entonces, y mientras no se abra campo en el nuevo sistema procesal a la teoría de la inexistencia, creemos que, confundida con la nulidad, debe ser declarada por decisión judicial, sea, según el caso, el juez de garantía o el respectivo tribunal del juicio oral en lo penal, como más adelante se analizará.

2) Precisado lo anterior, cabe señalar, como segunda característica, que la declaración de nulidad de un acto procesal debe provenir de alguna de estas dos fuentes: la alegación de los intervinientes o de la actividad oficiosa del tribunal.

Ocupémonos de la primera en el texto del Código. El sujeto activo de la solicitud de nulidad debe reunir indispensablemente tres requisitos: a) interviniente en el respectivo proceso; b) agraviado con la irregularidad del acto; y c) no causante de ella. Así lo dispone el artículo 162, como trataremos de explicarlo.

Efectivamente, la referida disposición comienza señalando expresamente que "sólo podrá solicitar la declaración de nulidad el interviniente", precepto que debemos relacionar con el artículo 12, que atribuye tal calidad al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizan cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les

permitiere ejercer facultades determinadas. Ello ocurrirá con la práctica de cualquiera diligencia o gestión señalada en el artículo 7°.

Pero, como se dijo, no basta ser interviniente en el proceso para invocar nulidades. El artículo señalado requiere, además, ser perjudicado con la irregularidad que afecta al acto en que ellos inciden.

Lo cierto es que esta exigencia no constituye ninguna novedad en materia procesal, ya que es un principio que nadie desconoce que sólo están legitimados para formular peticiones los que tengan interés en sus resultados, evitar en el caso de la nulidad los perjuicios que le produce el acto irregularmente ejecutado.

Volveremos sobre este punto al tratar la trascendencia de la irregularidad causante de la nulidad.

Finalmente, se pone como tercera condición al peticionario de la nulidad no ser causante de la anormalidad que presenta la actuación. Así lo requiere el mencionado artículo 162, que exige al requirente de la nulidad "no haber concurrido a causarla".

Recordemos que igual criterio sigue el Código de Procedimiento Civil, al decir en el artículo 83 que: "La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización... no podrá demandar la nulidad".

Así, entonces, está imposibilitado de alegar la sanción mencionada quien haya dado lugar a anormalidad, pues nadie puede valerse de sus propios errores o dolo. Surge esta prohibición del principio denominado "*nemo auditor...*" de general aplicación en el campo jurídico. La doctrina y la jurisprudencia siempre lo reconocieron en el ámbito procesal como sanción a la mala fe del litigante inescrupuloso y a la negligencia del inepto. Así, por ejemplo, no se aceptó la solicitud de nulidad de la declaración de un testigo formulada por la misma parte que lo presentó, basado en que al confeccionar la nómina correspondiente incurrió en errores de individualización, petición que hizo una vez que se percató de que sus dichos le son desfavorables.

La actividad oficiosa del respectivo tribunal sobre esta materia será estudiada más adelante.

3) Como tercera característica de la institución que nos preocupa mencionemos su efecto extensivo. Dicho de otra manera: declarada la nulidad de un acto caen en igual sanción aquellos que son consecuencia o dependen de aquél. Es decir, carecen de valor y debe prescindirse de

ellos, como expresamente lo dice el Código en el artículo 276 respecto de pruebas invalidadas.

Esta característica de la nulidad está expresamente consignada en el artículo 165 del Código, cuyo inciso primero prescribe que "la declaración de nulidad de un acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanaren o dependieren".

El principio de la "extensión" de la nulidad procesal, en fin, tiene su origen en el carácter complejo del proceso. Como dijimos, se compone de un conjunto de actos, algunos realizados por el juez, otros por las partes e incluso por terceros, que, aunque distintos entre sí, están íntimamente ligados de manera que algunos descansan o se edifican sobre otros. Esta estrecha unidad se debe a que todas las actuaciones persiguen un mismo fin: permitir al proceso cumplir su objetivo primordial, cual es la substanciación del litigio y sobre todo su justa decisión.

No era imprescindible, entonces, que el Código consagrara en forma expresa esta modalidad de la nulidad procesal. Pero fue más allá, al ordenar en el inciso segundo del precepto señalado que al declararla el tribunal determinará cuales son los actos a los que se extiende la sanción.

Parece conveniente esta medida, ya que su cumplimiento evitará confusiones y dilaciones. Declarada la nulidad del acto, será el propio tribunal quien marcará el límite de la extensión de la ineficacia, la que naturalmente incidirá sólo respecto de aquellas diligencias íntimamente ligadas con aquél, conservando su valor las que no tengan tal dependencia.

Además de declararse, según se vio, cual es el acto viciado que se anula y los que sufrirán igual efecto por su conexión con él, el tribunal, señala el mismo artículo, debe disponer, según el caso, tres remedios: la renovación, la rectificación y la ratificación del acto, si ello fuere posible.

Ordenará la renovación de la o las actuaciones anuladas si la irregularidad es de tal magnitud que sólo es superable mediante su repetición, como puede suceder con la falta o el incorrecto emplazamiento del imputado preso. Al que se le volverá a practicar la pertinente notificación, si fue defectuosa la anterior.

Se dispondrá la rectificación si la deficiencia procedimental puede repararse mediante la modificación posterior del acto ineficaz sin llegar a su prescindencia total y posterior sustitución. Un caso de esta naturaleza se contempla en el artículo 270, empleándose allí el verbo "corregir".

Finalmente, se recurrirá a la ratificación de la actuación observada si para reparar la deficiencia que presenta basta únicamente reafirmar lo allí establecido. Sucederá así respecto de la declaración de un testigo prestada indebidamente sin juramento o promesa, a la que podrá remitirse en la nueva a que sea sometido de manera correcta, etc.

Sin embargo, habrá casos en que la irregularidad que afecta al acto anulado es de tal magnitud que imposibilita su saneamiento mediante el empleo de los remedios señalados, vale decir, su renovación, rectificación o ratificación. En estos casos de insanable ineficacia, simplemente se prescinde absolutamente del acto, desatendiéndose de manera total y definitiva de él.

En resumen, dispuesta por resolución ejecutoriada la nulidad de un acto defectuoso, se prescindirá de él absolutamente si es insanablemente ineficaz o se procederá, según el caso y siempre que sea posible, a su renovación total, su rectificación o a su mera ratificación, adquiriendo así nuevamente validez.

Sin embargo, el inciso tercero del precepto que nos preocupa –artículo 165– limita la decisión anulatoria del tribunal al disponer que la declaración que la contiene no podrá retraer el procedimiento a etapas anteriores, a pretexto de la repetición del acto defectuoso, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido. Refuerza esta idea al agregar que si durante la preparación del juicio oral se declarare la nulidad de actuaciones judiciales realizadas durante la etapa de investigación, el tribunal no podrá ordenar la apertura de ésta. Asimismo –agrega– las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral.

Todo lo dicho es sin perjuicio de los efectos anulatorios provenientes del recurso de nulidad, medio impugnatorio de la respectiva sentencia y del juicio oral.

4) Una nueva característica de la institución que nos preocupa radica en el carácter genérico de la nulidad en contraposición a la especificidad de la misma.

En efecto, el artículo 159 del Código se limita a disponer que sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad.

Como puede observarse, hasta ahora el legislador adopta el principio genérico de la nulidad, pues deja abierta liberalmente la posibilidad de que la sanción de nulidad –no obstante su carácter punitivo– pueda aplicarse a cualquier acto del proceso que se vea afectado por alguna irregularidad, sin mencionar a aquél ni a ésta, con la sola limitación de la concurrencia de un perjuicio sólo reparable con la nulidad. Es decir, da a la institución un carácter genérico, puesto que basta un apartamiento y desviación graves –causantes del perjuicio dicho– de las normas legales que rigen un acto judicial para que se haga merecedor de la sanción, sin que requiera de una expresa manifestación legislativa que la contemple ante una determinada irregularidad y actuación.

Sin embargo, el legislador, advirtiendo la amplitud de este criterio, limita la actividad anulatoria del órgano jurisdiccional al señalar que “Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”. Agrega en el artículo siguiente que se “presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República”.

Creemos que, no obstante, esta prevención no desvirtúa la generalidad de la nulidad, quedando a criterio del tribunal la determinación en cada caso si la anormalidad que afecta en un acto tiene o no la magnitud señalada.

Frente a tan amplia facultad, el legislador ayuda al juez. Así, en ciertos casos le advierte que un trámite es esencial o que un defecto es merecedor de la sanción que nos preocupa, como sucede en los artículos 103, 237, 269, 283, 284 y 286 respecto de la falta de intervención del Ministerio Público y del defensor del imputado. En otras, por el contrario, le señala que no existe tal circunstancia. Así ocurre en el artículo 30 relativo a los defectos en la práctica de ciertas notificaciones. Lo mismo sucede en el artículo 73 respecto de actuaciones ante juez incompetente.

5) La observancia del principio de la generalidad de la nulidad procesal en desmedro del de la especificidad de la misma, no impide que tenga cabida en el Código el de la trascendencia de la misma

Puede esta característica enunciarse de la siguiente forma: procede la nulidad de un acto del proceso cuando la irregularidad que le sirve de antecedente corrompe su sustancia y le impide cumplir el fin para que fue establecido en la ley.

Esta condición de la nulidad procesal queda manifiesta, como ya se dijo y ahorra mayores comentarios, en los artículos 159 y 162.

El primero sólo admite la invalidación de un acto si el defecto de que adolece ocasiona un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. El segundo sólo permite invocar esta sanción al "perjudicado por el vicio".

Queda entonces descartado el criterio tan liberal de quienes opinan que es posible solicitar y obtener la declaración de ineficacia de una actuación en todos aquellos casos en que se ha incurrido en defectos formales que de alguna manera signifiquen una desviación de la norma de procedimiento que la rige, aunque ella no sea grave.

6) Finalmente, en relación con las características de la nulidad procesal, nos referiremos a la subsanación del acto procesal irregular o, como lo denomina el Código, "saneamiento de la nulidad", que equivale en lenguaje procesal civil a la convalidación de la misma.

Hemos analizado ya cuáles actos son susceptibles de ser anulados por irregularidades cometidas en su realización y las condiciones que debe cumplir quien invoca la sanción consecuente de ineficacia. No obstante, estudiaremos a continuación ciertas situaciones en que, aun cuando se dan las circunstancias señaladas, no es procedente la aplicación de dicha sanción.

Si bien los actos viciados son susceptibles de ser anulados con el fin de impedir que den lugar de una manera impropia a las consecuencias jurídicas de los normalmente verificados, los ordenamientos positivos en el derecho comparado contemplan normas relativas a la subsanación de las irregularidades en que incurren sin llegar a la declaración de la respectiva nulidad. Sucede así por varios motivos: por no reclamarse dentro de determinados plazos la correspondiente invalidación; porque, como se dijo, no obstante el vicio en que incurre, la actuación logra cumplir los fines previstos por el legislador; porque antes que se declare la ineficacia ella se le repite correctamente o se le perfecciona; porque el perjudicado la ratifica; porque, en fin, el proceso, aunque viciado, ha llegado a su término, etc. Expresado de otra forma, el acto irregular ha quedado convalidado o subsanado.

Recordemos que el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil ratifica las ideas expuestas expresando, en lo que interesa, que la nulidad procesal podrá ser declarada de oficio o a petición de parte, pero priva del derecho

a impetrarla, además de las que han originado el vicio o concurrido a su materialización, a la "que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo".

El Código Procesal Penal no quiso quedar atrás sobre el particular y en el artículo 164 se preocupó de establecer diversos casos en que opera la subsanación de las actuaciones irregulares, evitando así que recaiga sobre ellos la drástica sanción de su ineficacia.

Estos casos son tres, a saber:

- a) Si el interviniente respectivo no solicita la nulidad oportunamente;
- b) Si ha aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto, y
- c) Si, no obstante el vicio de que adolezca tal acto, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados.

Examinemos cada una de las situaciones enunciadas. En cuanto a la primera, digamos que, como luego se explicará, la nulidad de algún acto del proceso sólo puede alegarse y declararse en determinadas oportunidades durante el transcurso del juicio y, en todo caso, "*in limite litis*".

Terminado el proceso por resolución ejecutoriada, nace el efecto de la excepción de cosa juzgada, que impide volver a discutir entre las mismas partes lo allí resuelto, ni menos cuestionar la corrección de las actuaciones verificadas. El procedimiento queda saneado con el fin del juicio, pues la ley procesal propende a mantener la inmutabilidad de lo obrado y declarado por los tribunales como verdades inamovibles y exactas.

La paz y la tranquilidad social así lo requieren, pues si no existiera la cosa juzgada, las decisiones judiciales carecerían de objeto, ya que los derechos declarados a favor de las personas quedarían permanentemente condicionados a una posible revisión de los actos verificados en el proceso respectivo. De este modo, la justicia no lograría una de sus finalidades esenciales, cual es la de implantar la certidumbre legal y que se consigue con el principio de la inmutabilidad de las decisiones judiciales una vez que quedan ejecutoriadas.

La autoridad de cosa juzgada está reconocida en el Código Procesal Penal en varias disposiciones, especialmente en el inciso segundo de su primer artículo, que advierte que "la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho".

Pero no siempre es necesario que el proceso haya terminado por sentencia ejecutoriada para estimar convalidadas, por el efecto de la autoridad de cosa juzgada, las actuaciones irregulares cometidas durante su curso.

En efecto, el Código es preciso para determinar, como se verá, las oportunidades en que debió invocarse la nulidad de un acto del proceso, de manera que, transcurridas ellas sin alcanzarse, el principio de la preclusión cierra el camino para hacerlo, incluso cuando aquél esté aún vigente por no haber surgido el manto protector definitivo de la cosa juzgada.

Así lo prescribe, se dijo, el artículo 164 al estatuir que la nulidad quedará saneada si el interviniente respectivo no la impetra oportunamente.

En resumen, la mera omisión de reclamar la nulidad por el perjudicado en las oportunidades dispuestas por la ley –que luego examinaremos–, con mayor razón una vez terminado el proceso, da lugar a la forma de subsanar el acto viciado que en doctrina se conoce como convalidación por conformidad y que hoy contempla expresamente el citado artículo, aparte de las normas generales sobre los efectos de la cosa juzgada ya incorporados al Código.

Pero, como se dijo, no es el anterior el único caso de subsanación del acto irregular. Contempla también la disposición señalada, con igual efecto, la aceptación expresa o tácita de los efectos del acto viciado, la que en doctrina se denomina convalidación por confirmación.

Estaremos en presenta de aquiescencia expresa si el afectado con la irregularidad inequívocamente manifiesta que, no obstante ella, no ve perturbado el ejercicio de los derecho que puede hacer valer. Es menester, entonces, una actuación manifiesta de su parte en el proceso que derechamente demuestre su sometimiento a los efectos del acto viciado.

Será, a su vez, tácita la aceptación si la parte sufriente de la incorrección procesal realiza gestiones que, demostrando conocimiento de ella, contribuyen a que el acto viciado cumpla a su respecto los fines previstos para uno correcto.

En resumen, entendemos que la mera omisión de reclamar la nulidad por el perjudicado con ella en las oportunidades dispuestas por la ley y con mayor razón durante el curso del proceso, da lugar a la forma de subsanar el acto viciado que en doctrina se conoce como convalidación por conformidad.

A su vez, la aceptación expresa o la ejecución de actuaciones que manifiesta o inequívocamente demuestren que el perjudicado con el acto irregular

prescinde de invocar la nulidad consecuente, siguiendo el proceso su curso normal pese al vicio que le afecta, consiste, doctrinariamente, en la convalidación por confirmación.

Finalmente, el artículo 164 también atribuye la virtud de subsanar el acto irregular a la circunstancia de conseguir éste el fin para que fue instituido respecto a todos los interesados, situación que más bien da lugar a falta de trascendencia del vicio, lo que hace desaparecer el perjuicio exigido para impetrar la nulidad, según ya se dijo.

Finalmente, la disposición objeto de estas observaciones aclara que no habrá saneamiento de aquellas nulidades que impiden el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución y demás leyes de la República, advertencia que parece innecesaria, pues en tal caso no se estará en las situaciones convalidantes.

Medios destinados a alegar y declarar la nulidad procesal

Dejamos ya establecido que la ineficacia de los actos procesales por defectos en su ejecución requiere siempre de una declaración judicial. Mientras ella no se produzca, a la actuación irregular habrá que atribuirle todo los efectos previstos por ley para una correctamente ejecutada y también al propio proceso, no obstante que han dejado de ser adecuados instrumentos para administrar justicia.

Señalamos, también, que a la declaración judicial de nulidad se llega por dos vías: la petición del interviniente correspondiente y la actividad oficiosa del juez. Naturalmente que ellas se utilizarán siempre que el acto viciado no haya sido subsanado de alguna de las maneras indicadas precedentemente.

Hecha la advertencia anterior, preocupémonos de establecer primeramente de qué manera y a través de qué medios los litigantes pueden invocar y obtener la declaración de nulidad de un acto procesal. Para hacerlo, es necesario rebasar los límites del Título VII del Libro Primero del Código Procesal Penal y recurrir al contexto general de éste.

Se acostumbra clasificar estos medios en dos grandes grupos: directos e indirectos

Los primeros son aquellos cuya finalidad precisa es lograr una declaración judicial de ineficacia de los actos procesales. Están establecidos con ese único fin.

Pertenece a esta categoría los siguientes:

a) El incidente de nulidad procesal, toda vez que la petición de nulidad constituye, por regla general, una cuestión accesoria al juicio que requiere un especial pronunciamiento del tribunal.

b) Las llamadas excepciones de previo y especial pronunciamiento, que, aun cuando son verdaderos incidentes, el Código les da fisonomía propia en diversos preceptos, como sucede en los artículos 62, 263 letra b), 264 y 265. Allí se permite al acusado, en las oportunidades que se indican, cuestionar la competencia del juez de garantía, señalar vicios formales del escrito de acusación, falta de autorización para enjuiciar, etc., que lleva la nulidad correspondiente; y

c) El recurso de nulidad, puesto que está establecido precisamente para invalidar o anular el juicio oral y la sentencia definitiva si, a más de otros motivos, se ha incurrido en vicios, como la incompetencia del tribunal, implicancia de algún juez, etc.

Los indirectos, por su parte, son aquellos que no persiguen exclusivamente la declaración de ineficacia del procedimiento, pero a través de ellos puede obtenerse. En esta categoría podemos señalar, entre otros, los recursos de reposición y apelación. Incluso este último permite a la respectiva Corte de Apelaciones en el procedimiento abreviado controlar aspectos meramente procedimentales para velar por su validez, conforme al artículo 414.

Debemos precisar que no queda al arbitrio de los intervinientes o del tribunal elegir discrecionalmente cualquiera de los medios señalados. Lo está determinando la ley, según cuál sea la naturaleza de la irregularidad cometida, el carácter del acto en que incide, la oportunidad procesal en que ocurre, etc. No podrá prosperar, entonces, la petición de nulidad de un acto si no se utiliza el medio adecuado para su obtención.

Nos parece interesante recordar que la Corte Suprema en fallo confirmatorio de uno de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 7 de febrero de 2001, Rol 469-01, declaró que la falta de emplazamiento u otro vicio de nulidad procesal deben ser alegados en el proceso mismo, no siendo medio idóneo para ello el recurso de protección, que no es vía cautelar de actuaciones judiciales.

En atención a la naturaleza de este estudio, sólo no corresponde analizar el incidente de nulidad y la facultad oficiosa de los órganos jurisdiccionales para declararla.

El incidente de nulidad procesal

Es evidente que la petición de nulidad procesal durante el curso del proceso es un incidente de la causa, pues constituye una cuestión accesoria que debe ser resuelta mediante un pronunciamiento especial y que, en general, reúne las condiciones establecidas para los incidentes en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por mandato del artículo 52 del Código Procesal Penal.

A la misma conclusión nos lleva el artículo 161, que señala que la declaración de nulidad deberá impetrarse "incidentalmente".

En cuanto a la promoción y forma de tramitar dicho incidente, existen normas especiales en el referido Código. Para ello distingue cuál es la oportunidad en que se ejecutó el acto viciado.

En efecto, aquellos que ocurren fuera de las audiencias dispuestas en este sistema de enjuiciamiento, nos dice el artículo 161, su nulidad se deberá impetrar dentro de los cinco días siguientes a aquel en que el perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto irregular. Sin embargo, si éste se verificó en la etapa de investigación, no podrá reclamarse después de la audiencia de preparación.

La petición anulatoria deberá formularse en forma fundada y por escrito. Su tramitación será incidental, conforme a las normas subsidiarias del Título IX del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, ante el silencio del Procesal Penal. La resolución corresponderá al juez de garantía.

En el evento de que el vicio incida en una actuación verificada en una audiencia, la petición anulatoria deberá impetrarse verbalmente y resolverse según el artículo 38 antes de su término y allí substanciarse. Esta audiencia podrá ser especialmente la de formalización de la investigación, la preparatoria del juicio oral y la relativa a la abreviación del procedimiento y conocerá de la solicitud invalidante el juez de garantía, o la correspondiente al juicio mismo. En éste último caso la declaración pertinente corresponderá al tribunal de juicio penal oral y a su respecto no procederá recurso alguno, como más adelante se explicará.

En todo caso, la resolución que falle el incidente debe pronunciarse sobre las costas por mandato del artículo 45.

Facultad del órgano jurisdiccional para declarar de oficio la nulidad procesal

Recordemos que al referirnos al órgano jurisdiccional lo hacemos, según las circunstancias que se analizarán, al juez de garantía y al tribunal de juicio oral en lo penal, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del Código.

Los indicados tribunales tienen una doble obligación sobre la materia que nos preocupa.

La primera, según el artículo 163, radica en advertir al interviniente perjudicado con la irregularidad no saneada de algún acto la existencia del vicio correspondiente a fin de que proceda como creyera conveniente a sus derechos. Este decidirá si solicita o no la invalidación pertinente en las oportunidades ya señaladas.

La segunda obligación del respectivo tribunal es mucho más profunda que la anterior: declarar de oficio la nulidad si la deficiencia procesal que la provoca hubiere impedido al respectivo interviniente el ejercicio pleno de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución y en las demás leyes de la República.

Queda claro, entonces, que el Código vuelve a distinguir respecto de la magnitud de la irregularidad, tanto en su gravedad como en la importancia del acto sufriente de ella. Nos remitimos a lo dicho respecto de trascendencia como característica de la institución objeto de este estudio.

Conviene también tener presente que, de acuerdo con el artículo 270, el juez de garantía puede ordenar en la audiencia de preparación del juicio oral subsanar vicios formales que afecten a la acusación del fiscal, la del querellante o la demanda civil, lo que, si es posible, se hará en dicha audiencia. En caso contrario, ella se suspenderá por un plazo máximo de cinco días y si dentro de él la acusación del querellante y la demanda civil no hubieren sido rectificadas, se tendrán por no presentadas. Al fiscal el juez puede conceder mayor plazo para corregir su acusación, pudiendo incluso decretar sobreseimiento definitivo.

Todo lo dicho, con las limitaciones que a continuación se analizarán, sea que la declaración de nulidad provenga de la actividad oficiosa del tribunal o de iniciativa del respectivo interviniente.

La resolución que declara la nulidad procesal

Hemos expresado que una de las características de la nulidad procesal incide en que ella debe ser declarada mediante la respectiva resolución judicial, la que emanará, según se dijo, del juez de garantía o del tribunal del juicio oral.

Nos parece que dicha resolución, sea que da lugar o que rechaza una incidencia de nulidad, es una sentencia interlocutoria, pues establece derechos permanentes a favor de las partes, conforme al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso que nos preocupa por mandato del artículo 52 del Código Procesal Penal. Ella debe ser fundada, expresándose sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basa la decisión respectiva. Así lo dispone el artículo 36.

Lo dicho se refiere, como se dijo, a la resolución que falla un incidente, acogiendo o negando la solicitud de nulidad que le dio origen. Debe ello reproducirse respecto de la que dicta el tribunal disponiendo de propia iniciativa la invalidación de uno o varios actos.

Si bien en este último caso no se puede hablar propiamente de un incidente, no cabe duda de que la declaración oficiosa se está refiriendo a una cuestión accesoria al objeto principal del enjuiciamiento.

En cuanto al contenido de la resolución que nos preocupa, debe tenerse presente lo dicho a propósito de la característica de la extensión de la nulidad procesal, resultando inoficioso reiterar las ideas allí formuladas, como asimismo las limitaciones que el legislador impone al tribunal respecto a la prohibición de retraer el proceso a etapas ya superadas. Damos por reproducidas las explicaciones allí emitidas, especialmente, según el caso, a la renovación, la rectificación y la ratificación del respectivo acto, según las circunstancias ya analizadas.

Respecto de los recursos destinados e impugnar la resolución que nos preocupa, estimándola, según lo dicho, que es una sentencia interlocutoria, procederá el de reposición si ella fue dictada fuera de audiencias y para ser resuelto por el tribunal que la dictó, es decir, el respectivo juez de garantía. Si ello ocurrió durante tales audiencias orales, sólo será admisible si su pronunciamiento no fue precedido de debate. Así lo disponen los artículos 362 y 363. Sin embargo, el artículo 290 nos advierte que las decisiones recaídas en incidentes –la petición de nulidad lo es– durante la audiencia del juicio oral no son susceptibles de recurso alguno.

La apelación sólo procederá si la sentencia interlocutoria que se pronuncia sobre la nulidad fue dictada por el juez de garantía e hiciere imposible la prosecución del procedimiento o le pusiere término, según el artículo 370. Las provenientes del tribunal del juicio penal oral, según se advirtió, no son susceptibles de recurso alguno, incluyéndose el de apelación, por disposición del ya mencionado artículo 290 y ratificado por el artículo 364.

En cuanto al recurso de nulidad –que escapa de los fines de este estudio por ser ajeno al incidente que nos preocupa–, procede por mandato del artículo 372 con el fin de invalidar las sentencias definitivas, pudiendo extenderse consecuencialmente al propio juicio oral.

Este último caso ocurrirá si durante su curso –el de la audiencia– se hubieren infringido sustancialmente derechos y garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, según lo dispone en general el artículo 373 letra a) y específicamente en los casos señalados en el artículo 374 letras a), b), c) y d).