

El Régimen Legal de las Nulidades en el Proceso Penal

**Juan Marcelino González Garcete
César Daniel Ortega G.**

El Régimen Legal de las Nulidades en el Proceso Penal

**Visión Constitucional, Legal,
Doctrinaria y Jurisprudencial.**

2015

Al llamado del deber,
Sentí que la vida me marcaba un camino:
cultivar la ciencia del derecho.
Esta obra no alienta vanidades.
Quizá sea
un testimonio de servicio a la cultura.

(Prof. Dr. Miguel Ángel Pangrazio)

DEDICATORIA ESPECIAL DE LOS AUTORES



PROF. ABOG. SELVA ANTONIA MOREL DE ACEVEDO

Abogada (1977) y Escribana Pública (1978) por la Universidad Nacional de Asunción, Especialista en Docencia Superior Universitaria (2000), Doctoranda por la UNA, Maestranda en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario Director: Adolfo Alvarado Velloso, ha realizado varios cursos a nivel nacional e internacional.-

Ha escrito varias monografías sobre distintas ramas del Derecho como: Derecho de la Niñez y Adolescencia, Derechos Intelectuales, la aplicación de las figuras penales en los Derechos Intelectuales, etc.-

Fue nombrada en el Poder Judicial en el año 1971 como dactilógrafa, en 1974 ascendió a Oficial de Secretaria. En AN-TELCO con antigüedad de 17 años en la Asesoría Jurídica, Dirección de Recursos Humanos, Gerencia Interior entre otras dependencias.-

Primera Directora de la Cárcel de Mujeres de Ciudad del Este “Juana María de Lara” 1992-1993.-

Abogada de la Asesoría Jurídica de Administración Nacional de Aduanas.-

Desde 1999 es Profesora Asistente escalafonada de la asignatura Derechos Intelectuales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Filial San Juan Bautista de las Misiones, hasta la actualidad.-

Es egresada de la Octava Promoción de la Escuela Judicial.-

Integró varias ternas del Consejo de la Magistratura para distintos cargos jurisdiccionales.-

En noviembre de 2004 ha sido designada por la Corte Suprema de Justicia como Defensora General Adjunta en lo Penal de la República del Paraguay. En Diciembre de 2012 ha sido confirmada por la Corte Suprema de Justicia como Defensora General Adjunta en lo Penal de la República del Paraguay.-

Desde el año 2007 es designada como Coordinadora de la Comisión Observatorio de Cárceles del Ministerio de la Defensa Pública.-

El Área Mujer de la Fundación Paz Global la ha galardonado con el Premio "Vivir por el Bien de los Demás," en el año 2012, por su liderazgo audaz en áreas de educación, servicio social, cultura y acción social.-

Desde 2012 es Profesora Asistente escalafonada de la asignatura Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Filial San Estanislao, hasta la actualidad.-

Desde 2014 es Profesora Encargada de Cátedra de la asignatura Derechos Intelectuales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Filial San Estanislao, hasta la actualidad.-

Integrante de la Delegación Nacional para el 13° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal llevado a cabo

AGRADECIMIENTOS DE JUAN MARCELINO GONZALEZ

- A la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, por haberme aceptado como Miembro permanente de esta prestigiosa organización.
- Al Prof. Dr. Javier Barnes, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva (España) por haberme distinguido como representante y miembro permanente del Consejo de Redacción de la Sección de Derecho Administrativo Comparado, con sede en España.
- Al Prof. Dr. Roberto Carlés, Presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC).
- A la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional, por haberme distinguido como miembro permanente de dicha asociación.
- Al Dr. Eduardo Andrés Velandia, Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, por haberme distinguido como miembro permanente de dicha nucleación internacional.
- Al jurista Luis Alberto Petit Guerra, por brindarme su amistad y por haberme dado la oportunidad de realizar obras conjuntas sobre temas de Derecho Constitucional.
- Al Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales—Filial Santani, Prof. Dr. Narciso Ferreira, por haberme dado la oportunidad de ejercer la docencia en esa prestigiosa Institución.
- A la Editorial LEXIJURIS, en la persona del Dr. Esteban Orué.

DEDICATORIAS DE CESAR DANIEL ORTEGA

- ✓ A mis padres Alberto y Rosa, quienes me enseñaron dar valor a la vida y alcanzar objetivos con perseverancia, ejemplo, humildad, sacrificio, esfuerzo y dedicación.
- ✓ A mi esposa Raquel, a mis hijas Yanina, Johanna y Jessica quienes son mi fuerza y estímulo, por el cariño que me brindan y por el apoyo constante
- ✓ A mis hermanos y hermanas por apoyarme siempre
- ✓ A los profesionales y estudiantes de derecho para quienes con esfuerzo y dedicación se ha sido realizado este material, esperando que estas páginas den frutos en la formación y contribuya a alcanzar satisfacciones en la constante lucha por el derecho.

A Dios, por la vida... por todo

**DEDICATORIA DE
JUAN MARCELINO GONZÁLEZ GARCETE**

✓ A mi querida madre, Viviana Garcete de González

PRÓLOGO

El régimen de las nulidades en el proceso penal

Alfredo Enrique Kronawetter Zarza

Asunción, 11 de agosto de 2015

Las presentaciones de obras jurídicas presentan características similares como acto trascendental del producto de meses o quizás años de los autores: el señalamiento de las principales virtudes con relación a la institución abordada, las características de una posición ensayada por los responsables de dicha labor y las congratulaciones por el esfuerzo y el sacrificio que merecen puntualizarse en tiempos en los que es más fácil decir, criticar y no plasmarlas en documentos que adquieren –al decir de Eugenio Raúl Zaffaroni- vida propia, ya que lo afirmado o negado en aquéllos, difícilmente se pueda contrarrestar, siempre que se deje abierta la veta para que traspase la sabia que impone una doctrina actualizada y afinada por los vaivenes de la praxis (sin maniqueísmos) o una jurisprudencia que ahonde con pulcritud y prurito académico aspectos que hasta el momento de la publicación del libro no se perfilaban; en fin, el sacrificio del tiempo precioso dedicado a la labor intelectual con el atrevimiento de exponerlas al público y someterse a un escrutinio facilista de los que de tanto esperar, no plasman una postura que, al fin de cuentas, es la manifestación existencial del pensamiento.

Dar continuidad a esta suerte de “lógica” de una presentación es una tentación difícil de evadir, no porque lo exija un protocolo consuetudinario, sino porque por encima de esta ductilidad, me siento espiritualmente satisfecho por el tema elegido y la honestidad intelectual desplegada por los autores, a quienes considero abogados estudiosos, interesados y enamorados por la ciencia jurídica, sin reparar en cuestiones ideológicas o sectoriales

que fácilmente eclipsan una obra por la impronta de esa visión facciosa de una falaz dicotomía entre “garantía” y “eficiencia”. No caer en esa tentación que se instaló en el campo jurídico como una moda derivada, principalmente, de la confusión entre los niveles discursivos de la política “a secas” y la política criminal como expresión global de un modelo de respuesta penal compatible con los postulados inmarcesibles de la forma republicana de gobierno, constituye una evidencia con esta obra de que en el presente todavía se puede ensayar una visión acendrada con la autenticidad del modelo de garantías derivado de la misma revolución francesa de 1789 y aplicada –con mayor acentuación en el reconocimiento de derechos humanos de segunda y tercera generación- con matices que en esencia no difieren de lo proclamado por los libertarios del estado moderno hasta nuestros tiempos.

Y es por ello que felicito especialmente a los autores, porque despegándose de la construcción facilista del conservadurismo judicial, del mantenimiento indiscutible del *status quo*, de que la obra omita el rosario de doctrinas hartamente descifradas en colosales tratados y se circunscriba al pensamiento más localista, de la problemática derivada de la cotidianeidad judicial, de poner en el tapete interpretaciones variadas respecto a una institución y sostener con las deficiencias de nuestro sistema penal que “vale la pena” seguir discutiendo, profundizando y reinventarnos en torno a la garantía del debido proceso penal auténticamente republicano, como un limitador del ejercicio abusivo del poder y con unos ingredientes que develan la urgencia de una mejor formación de los operadores de justicia, apostando –sin mencionarlo directamente- a las nuevas generaciones de abogados que aprehendan lo experimentado y reconstruyan la institucionalidad procesal con una doble coherencia: con las exigencias constitucionales y con las necesidades imperiosas de una justicia penal que atienda los reclamos de todos.

Es por ello que me siento entusiasmado personalmente por la obra puesta a la consideración pública, porque la misma se involucra con el instituto de las nulidades no como una expresión meramente ritualista, de expresión despectiva con eso que se nos atribuye corrientemente a los abogados que apostamos por la chicana, el chamuyo que se parecen más a una reivindicación de la insensatez y ratificación –al mismo tiempo- de que los abogados sólo ensayamos todo, menos el sentido común, sino, por el contrario, utilizando un sistema de lo básico hacia lo complejo, nos deleita con lo descriptivo de la historia reciente del tratamiento de las nulidades, de la convencionalidad americana y los problemas urticantes en torno a ciertos actos procesales, principalmente vinculados con la violación de derechos procesales esenciales y el resultado de la nulidad como una exigencia derivada de la parte final del art. 137 de la CN.

De la lectura de la obra de los respetados colegas se infiere una decantación de tópicos que seguramente se erigirá en el resultado de esta vida propia del presente libro, ampliando, reformulando y hasta quizás, con suma legitimidad, incorporar otros ítems que seguramente se añadirán, porque entiendo que la tarea de los mismos no se circunscribe a la autoafirmación de una erudición, sino a la honestidad intelectual de contribuir coherentemente en la construcción de una doctrina nacional pluralista, cuestionando el “espacio reservado” a los connotados por la tradición de unos juristas que a lo mejor, exigiendo un poco, hace bastante tiempo ocupan un espacio en el mundo académico por la sola “ascendencia del abolengo”, cuando que poco o nada aportaron para repensar auténticamente la visión de los cambios a nivel constitucional y procesal que se dieron en los últimos veinte años. Doblemente orgulloso, entonces, porque el desafío de la obra pretende incursionar en un ámbito que tradicionalmente fue abordado por un puñado de abogados que tácitamente son considerados como “gurúes”, pero apenas evaluamos con

cierta holgura la insistencia en la capacitación de nuevas generaciones de abogados, nos percataremos que el aporte fue casi nulo, dato sumamente trascendente si es que lo llevamos al campo de la consolidación de una generación de abogados y abogadas comprometidos y conscientes de los principios republicanos del sistema acusatorio. Obviamente que ante este escenario, la obra de los colegas sobre el régimen de nulidades tiene un agregado positivo a lo ya señalado: instalar y confrontar con la solvencia del esfuerzo intelectual conjugado en la obra hoy presentada la actualización de la difícil noción y alcance de las nulidades, con un arrebato de irreverencia con la postura local cuasi-petrificada de considerar que lo que dicen uno, dos o tres juristas con resonancia académica y alta presencia mediática equivale a una verdad incontrovertible. Soy del humilde parecer que la construcción de un pensamiento jurídico-procesal contemporáneo y concomitante con valores republicanos y democráticos amplios tiene que venir desde la cátedra con resonancia social, con el deseo de difusión nacional, con un equilibrio entre teoría y realidad, y, con la producción de obras que permitan a los demás a emprender la travesía de promover el atrevimiento para consolidar el hacer antes que el decir. Entiendo que en la cátedra uno dice e insiste en que lo que se dice se debe hacer, pero en una sociedad altamente comprometida con la trasmisión oral, es importante trabajar en la cultura de la lectura, la cual, obviamente sólo es posible si existen obras que valgan la pena leer y que el incentivo surja de los nuevos abogados que obviando las diferencias generacionales, entiendan que el abordaje de ciertas instituciones procesales como un punto neurálgico de lo que conlleva la nulidad por el incumplimiento de la garantía al debido proceso penal es una respuesta de lógica antes que de simple petulancia individual del “jurista” que aparentemente quiere transmitir un mensaje claro a los profanos: “teman a las nulidades, porque sólo los abogados pueden echar por tierra las ansias de acceso a la justicia de la

gente, según de qué lado estén”, visión distorsionada y humillante para los abogados que queremos un litigio limpio, transparente y sin formulismos y que cuando planteamos la nulidad como defensa se entienda perfectamente el mensaje sencillo y elocuente: que el poder coercitivo en alguna de sus expresiones incumplió con su deber constitucional y que ante los abusos no cabe otra respuesta que la invalidez de la pretensión punitiva y nada más.

La esencia del poder coercitivo es la privación de libertad y todo ámbito en el que se pone en riesgo serio y evidente de que una persona pueda perder la cabeza –antes- o la libertad –ahora-, restringe severamente la regla del avance estatal sobre la personalidad humana con su rasgo esencial de la protección de la vida, la integridad, y, por ende, la libertad.

Cuando nos oponemos a este rol hegemónico del Estado, del uso indiscriminado de la fuerza punitiva, de liberar al *Leviathan* de los cauces señalados por el domador predilecto que es el poder constituyente, queremos transmitir un mensaje claro y sencillo: los derechos humanos como derechos públicos subjetivos se ejercen no sólo como facultad, sino con la contracara de una autocensura del Estado de naturaleza –reiteramos, el *Leviathan*- de limitarse por el Derecho y sólo conforme a éste escudo protector se repelen las agresiones constantes del alma intemperada de los gobernantes de turno que, después de todo, son personas como cualquiera que al ejercer el poder se muestran enteramente proclives a las bajezas humanas, como a las expresiones altruistas que hacen especial e irremplazable al ser humano. Es como una suerte de Dr. Jekyll y Mrs. Hyde, en una lucha interna e intensa que se da entre lo correcto que proyecta el espíritu fortalecido por la razón y el abuso del poder conferido que propone el sentido de confort inmediato de torcer las cosas a nuestro favor por mero placer.

El Estado de Derecho en un modelo republicano exige que dividamos la frontera entre el principio de la libertad frente a la privación –núcleo rector del paradigma de los derechos humanos frente al Estado en su faceta amoral- con una acentuación que pergeña ciertas derivaciones propias de esa prevalencia: la presunción de inocencia, la duda a favor del afectado por la privación de la libertad, el juicio previo, la defensa en juicio, etcétera, etcétera. Y una prolija devaluación de tal acentuación, cuando el que reclama algo precisamente es un miembro que integra la función pública concerniente al gobierno estatal para prevalerse de una situación de privilegio que, *per sé*, refleja el ejercicio puro del poder fáctico, aunque sea mínima esa dosis del “ser” por sobre el “deber ser”. Es aquí donde mengua ostensiblemente la regla de que la regla es la libertad y la excepción la privación. Algunos marcan una frontera –aunque en la praxis y según la conveniencia de los *doctos* de la mal llamada jurisprudencia regional- entre lo propio del derecho individual y lo impropio del derecho público. Se ensayan así algunos axiomas como “lo que expresamente no está prohibido, está permitido” para el ámbito del derecho subjetivo público y para el ejercicio del poder objetivado por la norma se invierte el axioma no sólo con alteraciones gramaticales sino con sustanciales consecuencias respecto al primero: “lo que expresamente no está permitido, está prohibido”. Y esta selectividad del axioma, genera toda una controversia que muchas veces, irónicamente, resuelve el propio poder constituido de contramano al poder constituyente. Ensayan jurisprudencia para todos los gustos y temas, se olvidan de la coherencia y con la gama amplísima de facultades ordenatorias e instructorias que no se sonrojan en aplicar en todos los procesos –sin diferenciaciones de materias o destinatarios, aquí sí llegó la igualdad procesal!!!-, reclaman cuando son cuestionados o censurados por sus conductas desde la perspectiva del poder, olvidándose que cuando son los afectados por la ilógica aplicación del *Leviathan*

que por tanto tiempo cobijaron, alimentaron y orgullosos lo reivindicaron a los cuatro vientos, contradictoriamente y hasta groseramente con la civilidad de los ciudadanos que tantos padecimientos sufrieron por su conducción autoritaria, y, por ende contraria a la democracia republicana, exigen el cese del hostigamiento estatal y se convierten como la simbiosis del Dr. Jekyll y Mrs. Hyde en los celosos guardianes del debido proceso.

No está demás hacer una pausa de la idea hilada hasta aquí y refrescar la elocuencia de unas metas básicas del sistema republicano de gobierno, tomando la perspectiva de nuestra Ley Fundamental.

Nuestra Constitución es republicana, porque:

- a) No sólo postula la división de funciones del poder o establece un sistema de frenos y contrapesos.
- b) Es republicana, también, porque establece unos principios sin los cuales no puede hablarse de este modelo: postula la idoneidad para el acceso a los cargos públicos, establece un sistema de responsabilidad en la función pública, proyecta la publicidad de los actos, determina la duración limitada en el tiempo de los actos de gobierno y exige que los actos de gobierno sean razonados, es decir, rija la fundamentación de sus actos que destruya cualquier presunción de arbitrariedad que es propio del modelo autocrático y en su versión histórica a la que precedió, la monarquía absolutista.
- c) Idoneidad, publicidad, responsabilidad, sistema de frenos y contrapesos, razonabilidad de las decisiones, limitación del poder, limitación del tiempo de los actos de gobierno y racionalidad de la expresión del poder coercitivo y punitivo, entonces constituyen una combinación de axiomas que al decir de Ferrajoli, permiten entender el carácter republicano de una decisión política o jurisdiccional, porque tales presupuestos deben verificarse

en todos los niveles del ejercicio del poder estatal, pero **con mayor énfasis y protección en el ámbito punitivo por las razones que sobradamente hemos explicado.**

Es por ello que el punto que llama mi reflexión con motivo de esta obra es la elocuencia y contundencia de explicar lo transversal del tema de las nulidades, porque su declaración con relación a uno, varios o todo el proceso penal no es un tema que afecta sólo a las partes, sino a la misma administración de justicia, porque flagrantemente se aproxima con la impunidad y la falta de respuesta judicial a los reclamos de la gente es sinónima de más confrontación y hasta es posible que en un examen simbólico del ADN del infortunio de la gente, sea responsable de una paternidad irresponsable de la justicia por mano propia. Es por ello que debemos ahondar el alcance de las nulidades más allá de las controversias en torno a su normativa, evaluando de manera prudente el rol de los actores que se muestran afectados por el poder coercitivo en el sentido de que muchas veces la crítica es hechura de quien se pone de crítico y que las normas por más perfectibles que sean, descansan en la actividad humana en la que preponderantemente se postula la razón. Si la razón es la premisa básica de los encargados de aplicar las leyes que hacen al poder coercitivo y su expresión más dura que es la punitiva, entiendo que se convertirá en la dosis necesaria para combatir esa lucha constante entre el bien y el mal de una máquina que exalta las instituciones construidas por todos nosotros y que cuando aquélla funciona contra “nuestros” derechos (¿o intereses?), no pretendamos que por arte de magia se convierta en obra que destelle perfección por su precisión y ausencia de contradicción. Enfrentar al *Leviathan*, parodiando la obra del *Dr. Jekyll and Mrs. Hyde*, requiere una sustancia difícil de encontrar y compleja de reunir para curarnos de ese mal endémico: usar el Derecho como expresión de la razón y la norma en la medida que sea compatible con el Derecho y cuando esa mezcla es insuficien-

te, inocular, en momentos críticos, la sabia de la prudencia y la contundencia argumental para domar la tentación del placer del poder omnímodo, con la templanza de los principios republicanos que se convertirán así, en la indiscutida receta para que la historia no sea repetida y trágica de que cada vez nos recordemos de las reglas del debido proceso, hayan perdido la libertad y la vida muchas personas, en tanto y en cuanto, no seamos nosotros. Ese individualismo que orilla con la cultura de los privilegios – contrario al sentido republicano-, tenemos que denostar y mientras no sea la expresión genuina de republicanos de corazón, combatámosla como una hipocresía jurídica que sólo se preocupa de las formas y no de lo sustancial para los demás, más cuando se trata de uno, sólo impera la auténtica titulación nobiliaria de los derechos individuales, pero tan inhumanos por su contrariedad casi absoluta con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es decir, de todos, sin distinción alguna.

Exigir el debido proceso para unos cuantos, cuando nunca nos ocupamos de esta garantía esencial en un sistema democrático, republicano, participativo y pluralista para el resto de la sociedad es tan nefasto como el que defiende el modelo autocrático o autoritario sin intermitencias que, a mi modesto modo de ver, hasta son más coherentes que el encargado de aplicar la ley que precisamente no se apercibió del compromiso social de responder a las expectativas de la mayoría con una administración de justicia que fomente la paz social.

Empezando por ahí, construiremos republicanismo y con una base republicana sostenida por hombres comprometidos con la vigencia de la legalidad y la legitimidad de los actos públicos, se edificarán las estructuras de una sociedad legalizada y amante de la ley, porque esa consonancia con la norma y su aplicación, apasiona favorablemente el alma de los ciudadanos y con ese ejemplo de republicanismo podríamos empezar a encontrar la fórmula -en ese edificio portentoso- para erradicar las culpas que

echamos a otros y que nos hacen ambivalentes como el Dr. Jekyll and Mrs. Hyde. No queremos ni al Dr. Jekyll ni a Mrs. Hyde, queremos personas comprometidas que a la luz del día y en la oscuridad de la noche, haya sol o haya sombra por los nubarrones, tenga luz propia por el destello de la razón, iluminando el camino para todos y para que todos se conduzcan rectamente hacia la razón y por la razón de la legitimidad auténtica.

Felicitaciones a los autores por tan inmensa comprensión de su rol como abogados en esta sociedad que tanto necesita de ejemplos académicos y muchas gracias por la honra que me dispensaran, lo que humildemente creo no merecer.

Muchas gracias.

A MODO DE INTROITO

Compartimos plenamente las expresiones de Nelson Pessoa en el sentido de que “Siempre he pensado que no tiene sentido escribir para repetir cosas ya dichas, salvo alguna excepción posible –como puede ser un Manual–, dada la finalidad docente de este tipo de obra, aunque también ello es discutible (para que reiterar lo ya dicho en obras similares).¹

Iniciamos esta obra se dividirá en dos partes; en esta *primera parte* abarcará algunos aspectos principales – sin que sea demasiado detallista y profunda como quisieran los autores – los temas neurálgicos de las nulidades procesales en materia penal en nuestro País, fruto de experiencias nuestras como funcionarios judiciales por más de 20 años, habiendo ejercido todos los cargos en el Poder Judicial y el Ministerio Público y ejerciendo ambos actualmente el cargo de Defensores Públicos en el fuero Penal y Adolescente Infractor, en la ciudad de Concepción y San Estanislao respectivamente, para poder dar luz y presentar algunas sugerencias sobre este importante tema, que suele ser el «**pan caliente de todos los procesos**» ya que es imposible encontrar –y a veces es rarísimo que no se utilice este “recurso”² – en las acciones penales.

La metodología de esta obra, es presentar, en esta primera entrega, los temas básicos de las nulidades procesales —la parte doctrinaria, pero básica y elemental—, sus principales características, y algunos casos emblemáticos de nulidades que resolvió la máxima instancia judicial; como asimismo una enumeración de las causales de nulidad en nuestro proceso penal.

¹ PESSOA, Nelson R. La nulidad en el proceso Penal. Editora MAVÉ, pág.11

² Esta expresión no es utilizada como un aspecto negativo en los procesos penales, o sea como una chicana; pues, en la mayoría de los casos su finalidad es que se respeten los derechos y garantías de los imputados, o sometidos a un proceso penal, en donde pudiera derivarse una pena o sanción.

La presente obra jurídica, pues, ha sido hecho con el afán de contribuir en el *debate* de esta institución procesal, y si este esfuerzo resultara útil a los estudiantes de derecho y profesionales del foro e incentivara su estudio, este modesto trabajo ya lograría su propósito.

Por otro lado, suplico al público lector no vea en esta obra una pretensión de nuestra parte de presentarnos como autores de un nuevo libro sobre la materia, sino un simple dictado de esta disciplina, formado con los extractos sacados de los autores consultados y con los resúmenes de las clases impartidas en las Universidades, para ayudar a los estudiantes a rendir el examen de rito, cuya bibliografía se encuentra al final de la obra; amen de la experiencia en el ejercicio de la profesión por más de 20 años en el fuero penal.

Si bien en algunos casos es posible determinar la postura o posición personal del autor acerca de la solución más adecuada del caso sometido a examen, no es nuestra intención intentar transmitir al lector un determinado punto de vista, sino, por el contrario, fomentar entre estudiantes de derecho, abogados, juristas, jueces una actitud crítica y no dogmática de los problemas jurídicos que plantea la *nulidad* en los fallos analizados.

Abogamos para que se realicen nuevas y prolijas investigaciones sobre las nulidades procesales, aportando y abriendo al debate nacional como también por ende contribuir a la bibliografía jurídica.

Mucho celo y técnica fueron empleados en la edición de esta obra. No obstante, pueden ocurrir errores de digitación, impresión o duda conceptual. En cualquiera de las hipótesis, solicitamos las disculpas del caso.

Por último, nuestro agradecimiento especial a la editora LEXISJURIS por encarar la publicación de la presente obra.

LOS AUTORES

CAPÍTULO I

“ASPECTOS GENERALES DE LAS NULIDADES PROCESALES”

1. INTRODUCCIÓN

Nos interesa, en primer lugar, establecer claramente que la finalidad del presente capítulo es intentar una investigación parcial del tema de las nulidades procesales; y a la vez analizar el *régimen* de los mismos establecidos en el Código Procesal Penal.³

Dejamos en claro, antes de adentrarnos sobre los objetivos de la presente obra no es una indagación general sobre el «**tema de las nulidades del proceso penal**»; más bien, nuestra preocupación son puntos muy concretos de los actos que conforman el procedimiento penal, y sobre ellos queremos reflexionar; una de ellas, *es la búsqueda de una fundamentación constitucional de las nulidades del proceso penal.*

³ Jiménez Asenjo, E. en su obra *Derecho Procesal Penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, Tomo I, pág. 339, bajo el título “Ventajas del nuevo sistema”, dice: “Al estudiar la evolución histórica de las nulidades (capítulo XIII) se vio que el Derecho romano se caracterizaba por su extremo formalismo por el que cualquier inobservancia a las formas establecidas producía la invalidación de la actividad procesal sin que importara la entidad del defecto (en este régimen se llegó al límite en que la omisión de una palabra, de una sílaba o el empleo de una palabra por otra, acarrearba la nulidad del acto). Este, sistema luego trascendió a los germanos, quienes incluso acentuaron esta tendencia: pronunciar la sentencia sentado y no de pie producía su nulidad. El tiempo fue morigerando este estricto sistema para llegar, luego de la Revolución Francesa, a la consagración del sistema legalista que fuera aceptado por distintas legislaciones del orbe. Este régimen ha ido perfeccionándose a partir de la consideración de otros aspectos del acto, tales como la eficacia probatoria al orientarse a la consideración del destino concreto de la actividad reglada por la ley conforme a los fines del proceso, los intereses que protege y los poderes que se ejercitan; así se comienzan a distinguir las formas en sustanciales e insustanciales y los requisitos del acto en esenciales y no esenciales. Como consecuencia, fue necesario determinar cuándo en el proceso se está frente a la esencialidad, surgiendo, a partir de ahí, los tres sistemas legislativos conocidos en materia de nulidades: a) privatista, b) judicialista y c) legalista, siendo precisamente este último el que adopta nuestro Código Procesal Penal...”

En otras palabras, el jurista argentino Nelson R. Pessoa, al respecto señala que:

«En nuestra opinión, la investigación de las nulidades del proceso penal puede ser mucho más fructífera, desde el punto de vista teórico, si se basa *sobre un estudio de los fundamentos constitucionales de las mismas*»⁴; coincidimos en las sabias expresiones del Maestro Argentino.

Creemos oportuno encarar una obra que tenga como objetivo establecer prioritariamente la *elaboración* de una fundamentación constitucional de las nulidades en el proceso penal.

Dicha «fundamentación constitucional» es un instrumento o vía procesal idónea para entender y resolver un conjunto importante de cuestiones de la materia, teniendo en cuenta el principio de legalidad.

Un acto procesal necesariamente debe contener los *presupuestos básicos* establecidos en la ley, si es así, puede decirse que se trata de un *acto procesal perfecto*, es decir, desprovisto de todo vicio y, por lo tanto, plenamente eficaz para producir efectos jurídicos; *por otro lado*, cuando el acto procesal abandona o mejor dicho no reúne las formalidades establecidos por la Ley, se ingresa en un campo progresivo de imperfecciones que pueden asumir una relevancia mínima, como en el caso de la denominada «mera irregularidad», o de una gravedad que puede provocar la nulidad absoluta de dicho acto procesal, es decir, declarar su inexistencia.⁵

⁴ PESSOA, Nelson B. La nulidad en el proceso penal. Editorial Mave, Segunda Edición, pág. 19

⁵ Se entiende por actividad procesal defectuosa (nulidades) el acto procesal que no reúne los requisitos propios de su correspondiente especie al apartarse de la configuración legal. De acuerdo al concepto expresado, la nulidad viene a ser la sanción legal establecida para los actos que se realizan con inobservancia de las garantías o formas procesales y que causen un gravamen substancial al desarrollo normal del procedimiento. La sanción, de este modo, viene a constituirse en la declaración de ineficacia de un acto procesal por defecto de alguno de sus elementos esenciales, lo cual le impide cumplir con sus fines.

A decir del Diccionario Jurídico de Manuel Osorio—la Nulidad es la *“ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma, o, como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado”*.

Puede afirmarse que en el ámbito del derecho procesal penal, especialmente en el campo legislativo, es un axioma prácticamente indiscutible el principio que dice *“no hay más nulidades que las consagradas en forma expresa por la Ley”*.⁶

Compartimos plenamente el criterio de que las nulidades deben ser productos exclusivos de la Ley, es decir, solo el orden jurídico puede imponer, establecer, regular los requisitos de validez de los actos jurídicos —en el caso objeto de estudio, actos procesales penales— y ordenar, en consecuencia, cuando un acto es nulo o carente de eficacia o valor jurídico.

Sin embargo, creemos modestamente, es que se ha hecho y se una lectura o interpretación errónea del principio de legalidad de las nulidades en el ámbito jurisprudencial.

Y esto se ve reflejado en los fallos de los Tribunales de la República, en donde fácilmente se observa que la errónea interpretación —conforme nuestra humilde opinión— del principio de legalidad de las nulidades lleva a reducir «incorrectamente» el ámbito de lo que debe ser declarado procesalmente nulo en materia de la actividad procesal penal, y en algunos casos, tal mecanismo riñe con *principios* o *garantías* de carácter constitucional.

Tomaremos como base la regla consagrada en el Art. 165 Código Procesal Penal que dice: *“...PRINCIPIO. NO PODRÁN*

⁶ PESSOA, Nelson R. Las nulidades procesales en el derecho Penal, pág. 23

SER VALORADOS para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, LOS ACTOS CUMPLIDOS CON INOBSERVANCIA DE LAS FORMAS⁷ y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código, **salvo que la nulidad haya sido convalidada**".⁸

En la opinión de los tratadistas, más allá de alguna pequeña diferencia de tipo lingüística o gramatical, el principio, en lo que hace a su contenido conceptual, tiene plena vigencia.

Brevemente, desarrollaremos los fundamentos de este principio o axioma, como prefieren denominarlos algunos tratadistas.

2. EL CONCEPTO DE LA NULIDAD PROCESAL⁹.

Para tratar de conceptualizar el significado o la acepción terminológica de «nulidad procesal», es importante e irremedia-

⁷ Las mayúsculas son nuestras.

⁸ Artículo 17 - De los derechos procesales". En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1) Que sea presumida su inocencia; 2) Que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos; 3) Que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales; 4) Que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal; 5) que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección; 6) Que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo; 7) La comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en librecomunicación; 8) Que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas; 9) Que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas..."

⁹ Como veremos de todas las definiciones nos muestran claramente las seis características principales de la nulidad: a) es sanción, funciona como un castigo previsto por la ley cuando no se observan determinadas exigencias; b) es legal, su fuente debe ser siempre la ley, no advirtiéndose la imposición de una sanción de nulidad por vía reglamentaria; c) no se requiere que la conminación de nulidad éste prevista en forma expresa, sino que también puede ser tácita; el requisito se cumplirá de una u otra forma, según el sistema a aplicarse, ya se trate de un sistema judicial (sanción tácita) o del sistema legalista (sanción expresa); d) priva de sus efectos jurídicos al acto, cuando se declara nulo un acto, éste pierde eficacia dentro del proceso, es decir, que el acto resulta privado de los efectos jurídicos que debía producir; e) no se admite la nulidad de actos no realizados, ya que el instituto tiende a restablecer el buen orden el proceso y si el acto irregular no se cumplió, todavía no existe alteración a corregir.

ble entrar en el laberinto de múltiples variantes doctrinarias, que trataremos de sintetizar de la manera más didáctica posible.

- a) La primera de esas variantes está dada por la distinta visión o concepto con que se enfoque dicho término.
- b) La segunda variante genera dos posiciones doctrinarias antitéticas, según se limite la noción de nulidad procesal al quebrantamiento o inobservancia de las formas, o se considere que es una noción comprensiva de los vicios u omisiones de cualquiera de los elementos del acto procesal (sujeto, objeto, forma).

Luego de hacer estas precisiones doctrinarias, podemos decir que se ha definido a la nulidad como *“la sanción expresa, implícita o virtual, que la ley establece cuando se ha violado u omitido las formas por ella preordenadas para la realización de un acto jurídico al que se priva de producir sus efectos normales”*.¹⁰

Hugo Alsina la definió como *“la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de los efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescriptas para ello”*.¹¹

Couture, expresa que *“siendo el derecho procesal, un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley”*.¹²

Devis Echandía, expresa que *“la nulidad consiste en la ausencia de los efectos jurídicos del acto”*.¹³

Enseña el Profesor Luis de Gásperi que *“la nulidad no es más que la consecuencia de la obligatoriedad de la Ley, es decir,*

¹⁰ Eduardo B. Carlos. Enciclopedia Jurídica OMEGA, Tomo XX, Voz “Nulidades Procesales”, pág. 538

¹¹ Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires, Tomo I, pág. 718.

¹² Couture, Eduardo J. Estudios de derecho procesal civil. 3° edición. Bs. As. Editorial Depalma. 1979, pág. 45

¹³ Devis Echandía, Hernando. Derecho Procesal Civil. Madrid, Aguilar. 1966, pág. 694.

inherente a la majestad de la Ley es su sanción".¹⁴

Bonifacio Ríos Ávalos menciona *"la nulidad se origina en aquellos actos que se alzan contra una prohibición legal. Esta afirmación nace igualmente del principio de que todo lo que no está expresamente prohibido por las leyes, está permitido"*.¹⁵

El Diccionario jurídico igualmente refiere que *«la Nulidad Procesal es la que pesa sobre los actos realizados en el curso de un proceso; implica privar de efectos a tales actos»*.

Conforme lo expresa claramente el in fine del artículo 165 del Código Procesal Penal, *no todo vicio o inobservancia de los actos procesales acarrea su nulidad absoluta; para ello se requiere, en la generalidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, que la sanción de nulidad esté expresamente prevista por la ley o que el acto procesal carezca de los requisitos indispensables para cumplir con su finalidad; por regla general, la nulidad procesal puede ser declarada de oficio o a petición de parte, pero no puede ser pedido por la parte que hubiere dado lugar a la nulidad.*

3. NUESTRA OPINIÓN CONCEPTUAL

Habiendo leído y releído las distintas opiniones doctrinarias, fruto de años de cavilación sobre este tema, creemos conveniente también dejar sentado nuestro criterio jurídico acerca del concepto de la nulidad procesal.

Por ello, sostenemos que la NULIDAD PROCESAL CONSISTE EN EL ESTADO DE INOBSERVANCIA O CARENCIA DEL ACTO PROCESAL DE ALGUNOS DE SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS, O EN VICIOS PROCESALES INSUPERABLES, QUE POTENCIALMENTE LO COLOCA EN SITUACIÓN DE SER DECLARADO JUDICIALMENTE INVALIDO.

¹⁴ Anteproyecto del Código Civil Paraguayo.

¹⁵ Introducción a los Hechos y Actos Jurídicos. 1996

4. CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES¹⁶:

Según la forma en que se hallen enunciadas y el lugar en que se ubiquen dentro del ordenamiento procesal:

I. GENERICAS: La sanción de nulidad está prevista en una norma que no regula en particular un acto. Las nulidades genéricas pueden estar sistematizadas o no según se encuentren ordenadas en un capítulo o sección y bien se hallen esparcidas en todo el Código.¹⁷

II. ESPECÍFICAS: La sanción procesal se halla expresamente conminada en la norma que regula el acto en particular.¹⁸

III. VIRTUALES O IMPLÍCITAS: Son nulidades que no están expresamente previstas en la norma procesal específica o genérica pero que son consecuencias del incumplimiento de formas impuestas por el orden jurídico.¹⁹

IV. ABSOLUTAS: Según los efectos que produjo el acto. Son la resultante de una «irregularidad procesal» que lesiona una garantía constitucional.

a) Pueden ser declaradas de oficio o a petición de las partes en cualquier estado del proceso.

¹⁶ Al referirse a las nulidades relativas Juan Carlos Mendoca, expresa: "...se oponen a las absolutas en el sentido de que su característica es admitir subsanación, ya sea por confirmación o por el transcurso del tiempo. Es decir, porque expresa o tácitamente las partes interesadas les prestan su consentimiento o porque las pulga la preclusión, de donde, dos son los modos mediante las cuales se convalidan; por acto u omisión de los interesados o por obra de la Ley..."

¹⁷ Son ejemplos de las nulidades genéricas, las concernientes al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal o el Ministerio Público, las concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado; las concernientes a las reglas de competencia, de la publicidad en los debates, etc.

¹⁸ Serían sus ejemplos la aplicación de los Arts. 34 y 36 de la C.N.; arts. 161 (notificación), 200 (interceptación de correspondencia), art. 206 (deber de abstención del testigo) todos del Código Procesal Penal.

¹⁹ Por el principio acusatorio es nulo el juicio en el que no se le ha dado intervención al Ministerio Público como órgano acusador. O se le obligue a acusar cuando él ha decidido no hacerlo. Aunque esto no esté expresa o genéricamente conminado en norma alguna, cualquier acto que se realice en violación de este principio provoca la nulidad del mismo. Otro ejemplo, sería la violación del principio *nom bis id idem* o doble juzgamiento.

b) No son convalidables o subsanables (salvo lo dispuesto en el artículo 12 del Código Procesal Penal)²⁰

V. **RELATIVAS:** Son relativas todas las demás, es decir aquellos actos **que no lesionan una garantía constitucional y pueden ser subsanados o convalidados**. La regla dice que todas las nulidades son relativas porque pueden ser corregidas o rectificadas.²¹

5. CARACTERES:

- a) Pueden ser declaradas de oficio a petición de parte.²²
- b) No pueden plantearlas quien las haya provocado, salvo que sea el imputado.²³
- c) Sólo puede pedir las quien tenga interés.²⁴

²⁰ Como ser los actos que violan las reglas que tengan relación con la intervención, asistencia y representación del imputado en el proceso penal y las que implican inobservancia de derechos y garantías previstas en la Constitución Nacional y Derecho internacional vigente.

²¹ Los mecanismos para recuperar el acto viciado son de dos formas: a) SANEAMIENTO. El Código busca que todas las nulidades sean inmediatamente saneadas por tres vías: 1. La renovación del acto viciado. 2. La rectificación del error. 3. El cumplimiento del acto omitido de oficio o a petición del interesado. B) CONVALIDACIÓN O SUBSANACIÓN: Ella se producirá por no haberse solicitado su oportuno saneamiento, o cuando exista consentimiento expreso o tácito de los interesados, o cuando haya alcanzado su finalidad respecto a todos los interesados, pese a su irregularidad.

²² La ley establece en forma clara que: “las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causan agravios, fundadas en el defecto, en los casos y formas previstos por éste Código, siempre que no hayan contribuido a provocar la nulidad. Sin embargo, el imputado podrá impugnar una decisión judicial aunque haya contribuido a provocarla. Se procederá de igual modo cuando la nulidad consiste en la omisión de un acto que la ley prevé, debiendo procederse de igual modo cuando la nulidad consista en un acto cuya nulidad se halla prevista en la Ley” (Art. 165 del Código Procesal Penal).

²³ El mismo imputado puede articular válidamente el incidente con la misma finalidad, sin importar de que el mismo haya contribuido al vicio; igualmente se halla legitimado para impugnar por la vía incidental un acto cuando considera que adolece de vicio que le priva de la posibilidad de producir sus efectos jurídicos.

²⁴ De acuerdo al Código Procesal, las partes intervinientes en un proceso o causa tienen legitimación activa para deducir incidente de nulidad tendiente a lograr que un acto o determinadas actuaciones judiciales sean declaradas nulas, o en su caso a que simplemente sean subsanadas o saneadas de acuerdo a la situación en que se dá, con la sola condición de que no haya contribuido a provocarla, que sin duda debe ser así, por cuanto sería injusto que la parte que contribuyó al acto viciado sea beneficiada con la posibilidad de que pueda intentar de nuevo su sanación, o lo que es peor, invalidarlo.

d) Son subsanables o convalidables.

Pero para el proceso sirva cumplidamente a sus fines de — asegurar la realización de la justicia— en los casos concretos, garantizando la paz social, es preciso que, a su vez, se acomede a determinadas normas fundamentales; que constituya una actividad netamente legal, con exclusión de todo vicio que pudiera lugar a la simple sospecha de que la ley no se aplica correctamente.

Seguidamente hablaremos del *principio de legalidad*. Este principio de la legalidad procesal se reconoce hoy por todos y, sobre todo, en materia penal tiene una extraordinaria importancia, ya que no puede desconocerse que es él, precisamente, el origen del otro principio legalista, el de la legalidad penal.

Es por ello, el rol fundamental del Magistrado Judicial, como encargado de controlar la actuación del Ministerio Público, que surge del <principio de control previo de afectación de derechos>, que no es otra cosa que garantizar el principio de inocencia; y lo más importante, el Juez Penal ordena la corrección de los vicios de *forma procesales* y contral la *acusación fiscal*, pudiendo rechazarla sobreyendo definitivamente o denegando la no acusación. De aquí el juez se erija como garante de la legalidad de la actuación fiscal con relación a los justiciables.²⁵

²⁵ Sin pretender exponer todos y cada uno de las actividades del Juez Penal en la Etapa Preparatoria, podemos citar: a) garantizar el cumplimiento de todos los principios y garantías de la Constitución Nacional, el Derecho Internacional vigente y el Código Procesal Penal (arts. 42 y 289 CPP); b) recibir el escrito de querrela adhesiva o autónoma, según el caso, que presente quien tenga calidad de víctima y pronunciarse sobre admisibilidad, notificando al Ministerio Público o al imputado, según el caso (art. 291 y 292); c) recibir el requerimiento fiscal, y a pedido del Ministerio Público, podrá desestimar la denuncia, querrela adhesiva o actuaciones policiales (art. 305 CPP), aplicar criterios de oportunidad, ordenar la suspensión condicional del procedimiento, llevar adelante los acuerdos conciliatorios (art. 301 CPP), d) decidir sobre los incidentes y excepciones (Arts. 329 y sgtes CPP), e) decidir sobre las medidas cautelares (art. 240 y siguientes del CPP), f) decidir sobre las peticiones de las partes (art. 282 CPP), g) otorgar el sobresimiento definitivo o provisional (art. 359 y 362 CPP), h) oponerse al requerimiento fiscal (art. 315 y 358 CPP), entre otros.

6. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS NULIDADES EN EL PROCESO PENAL.

Trataremos de ser prácticos y buscaremos a reglón seguido ahora destacar cuales son las razones —mejor dicho— que dan sustento a este difundido axioma o principio del proceso penal.²⁶

En primer lugar, aunque pequemos de ser reiterativos, huelga decir, que en el fuero del derecho procesal penal, fundamentalmente en el campo legislativo, es un axioma prácticamente indiscutible el **principio que dice: «no hay más nulidades que las consagradas o establecidas en forma fehaciente por la ley».**

En doctrina se habla de que opera el principio que dice que **no todo acto procesal irregular es nulo; solo habrá nulidad cuando la irregularidad esté referida a una forma procesal “esencial”, y no una forma procesal “accidental”.**

Esto nos obliga, a su vez, a encontrar criterios o pautas que permitan distinguir entre formas procesales “sustanciales o esenciales” y formas “accidentales”.

Para explicar estos principios se han desarrollado varios sistemas, a saber, la privatista, judicialista y legalista, según la alegación o señalización del defecto procesal y su valor (esencial o accidental) esté respectivamente en manos de la parte afectada, del juez y o de la ley.²⁷

²⁶ En los desarrollos teóricos del derecho procesal penal se afirma que se ha superado el denominado criterio “formalista” en materia de nulidades que, como es sabido, considera como sinónimo de nulidad o irregular.

²⁷ Estos principios penales se sustentan sobre la base de la DIGNIDAD HUMNA, por ello, hablaremos rápidamente sobre su evolución. **1. Origen de la concepción de la dignidad de la persona.** Luis Recasens Siches aclara que “el pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre tiene fines propios suyos de cumplir por sí mismo”. Lo anterior evoca la fórmula de Kant sin que esté necesariamente ligada a la doctrina del filósofo. Desde la óptica del citado autor, lo que Kant expresó era ya aceptado desde siglos antes, desde el Antiguo Testamento, adquiriendo mayor relevancia al ser el mensaje central del Evangelio. Efectivamente, la idea de la dignidad, sin que solo se presente en ella, es característica del cristianismo. Ya en la antigua China y en Roma (Epitecto, Séneca, Cicerón y Marco Aurelio) encontramos la idea de la dignidad de la persona como una idea universal, es decir, de la igualdad esencial de todos los hombres. Fue la escuela estoica, desarrollando el pensamiento aristotélico, la que llegó a la

Actualmente, hoy día ya se habla solamente de dos criterios: el judicial o el legal y que en materia procesal penal predomina el sistema legalista.

El principio de legalidad del proceso, es el criterio predominante en materia de nulidades, y es fácil de asimilar porque es así.

En primer término, diríamos que para que el proceso sirva eficientemente a sus fines de asegurar la realización de la Justicia en los casos concretos, garantizando la paz social, es necesario que, a su vez, se acomode a determinadas normas fundamentales; que constituye una actividad netamente legal, con «exclusión» de todo vicio que pudiera dar lugar a la simple sospecha de

conclusión de que todo hombre, por su naturaleza, es miembro de la comunidad universal del género humano, gobernado por la razón y, además miembro de una comunidad política que es donde nace. Esta idea es la que retoma el cristianismo. **2. Reflexión filosófica y su proyección en el derecho.** La filosofía racionalista, dice Jorge Adame Goddard, apoyándose en las concepciones humanistas cristianas y renacentistas postuló la dignidad de la persona como límite al poder del Estado poniendo coto a las doctrinas de Maquiavelo y Montesquieu. El humanismo laico, refiere el mismo autor, representado por Hugo Grocio, Fernando Vázquez de Menchaca y Samuel Pufendorf, coloca en el centro de sus sistemas el concepto de la dignidad humana, fundado sobre la idea de libertad e igualdad de los derechos del hombre. Ignacio Burgoa al respecto dice que cualquier tipo de régimen, sea social, jurídico o político deberá tener en cuenta la dignidad de la persona pues es la única manera en la que será respetable y respetado. Para Recasens Siches, destacan en la reflexión filosófica sobre la dignidad de la persona Max Scheler, Nicolai Hartmann, Stammler y Del Vecchio. Frente a lo que consideraron como una insuficiencia en el formalismo ético kantiano, refiere Agustín Basave Fernández del Valle, Scheler y Hartmann se dieron a la tarea de construir una ética material de los valores. Stammler, elaboró una serie de principios, saliéndose del rigorismo formalista, abandonando el formalismo e introduciendo ideas con valores concretos. Estos principios son cuatro y se agrupan en dos clases, tal y como enseguida se anotan: Principios del respeto recíproco: El querer de una persona, sus fines y sus medios que no deben quedar a merced del arbitrio subjetivo o caprichoso de otra persona. Toda exigencia jurídica de tratar al obligado como un prójimo, esto es, como a una persona con dignidad. Principios de la participación: Nadie debe jamás ser excluido de una comunidad o de una relación jurídica por la decisión arbitraria o mero capricho subjetivo de otra persona. Todo poder jurídico de disposición concedido a una persona deberá hacerlo solo de tal modo que el excluido subsista como un ser con fin propio, es decir, como una persona con dignidad. Para Del Vecchio, la idea de la justicia, en función de la dignidad de la persona individual y de la paridad o igualdad jurídica implica la idea de “reciprocidad”, entendiendo por esto que un sujeto al obrar respecto de otros debe hacerlo sólo sobre la base que reconozca como legítima, en las mismas circunstancias, una conducta igual de los otros respecto de él.

que la ley no se aplica correctamente.²⁸

Por considerarlo de vital importancia para el acabado entendimiento del axioma estudiado, seguidamente desarrollaremos sucintamente la importancia de las «formas» en el proceso penal.

7. NECESIDAD DE LAS FORMAS EN EL PROCESO PENAL.

Las formas o procedimientos procesales son necesarios y a veces imprescindibles. Como diría —Alberto Luis Maurino— no nos referimos lógicamente a las formas simbólicas y rituales del derecho primitivo, sino a las establecidas en la actualidad para la tramitación y resolución de los procesos.²⁹

Sería ya redundancia insistir en la *importancia de las formas*, ya que podemos resumir su función en la de establecer «reglas básicas para encauzar la defensa de las partes dentro de un proceso penal». En otros términos, las ausencia de las *formas* producirían desorden e incertidumbre; por el contrario su presencia es garantía de justicia, igualdad de oportunidades procesales, etcétera.

Pero tampoco debemos sobredimensionar la importancia de las *formas*, puesto que, claro está que al exagerar el *formalismo* a ultranza, nos llevaría a la situación que con acierto describe Berizonce, que caeríamos en la “*degeneración del formalismo en formulismo*”.³⁰

En la actualidad, el proceso está conformado por un «conjunto de actos destinados a un fin: hacer efectivo el carácter punitivo del Derecho Penal».

²⁸ Porque, como dice el adagio, no basta ser bueno, sino que hay que parecerlo también, lo que, a nuestros efectos, podríamos traducir diciendo que no basta con que las conclusiones establecidas en el acto final del proceso (la sentencia definitiva) sean correctamente legales, sino que es preciso, además, que también sea correctamente legal el camino seguido para llegar a él.

²⁹ Maurino, Luis Alberto. *Nulidades Procesales*. Editorial Astrea. 1982, pág. 4

³⁰ Berizonce, Roberto O. *Las formas de los actos procesales*. *Sistemas*, en “Estudios de nulidades procesales”, Bs. As., Editorial Hammurabi, 1980, pág. 29.

La función del Derecho Procesal es regular a través de un conjunto de normas jurídicas, esta actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable el Derecho Penal sustantivo.

Resumiendo en forma arbitraria podemos sintetizar de la siguiente manera:

“El proceso, por su propia naturaleza, está compuesto de un conjunto de actos denominados □ procesales □ cuya misión es lograr, a través de una sucesión concatenada de diligencias procesales, cuya finalidad es la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional que decida un determinado conflicto”.

8. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS NULIDADES PROCESALES PENALES³¹

Es dable señalar, que el criterio dominante de interpretación del principio de legalidad de las nulidades procesales, se construye sobre dos pilares conceptuales:

- a) Entiende por “ley”, en cuanto fuente determinante del criterio o invalidez de los actos procesales, solamente la “norma procesal”, y no el orden jurídico.

Solamente es la “norma procesal” la que puede imponer la sanción de nulidad, como consecuencia del incumplimiento de lo ordenado por ella en cuanto a los requisitos o formas de los actos procesales, bajo la condición de que dicha sanción esté expresamente prevista en la norma procesal, sea por vía de las denominadas “nulidades específicas” o de las denominadas “genéricas”.

El incumplimiento de formas jurídicas impuestas por otras normas que integran el sistema jurídico positivo (aunque sean reglas constitucionales) no autoriza a anular un acto procesal o, por lo menos, no deben estar im-

³¹ Por considerar de interés, y por resultar muy explícito y esclarecedor el desarrollo sobre este tema por parte de Nelson R. Pessoa, seguiremos a pie de la letra su razonamiento, en su obra citada precedentemente, pág. 29 y siguientes

puestas bajo amenaza expresa de nulidad. Entender que la “ley” es norma procesal” (que consagra expresamente la sanción de nulidad), expresa o implícitamente, es la base para negar la existencia de las nulidades virtuales o implícitas y, de esa forma, reducir el ámbito o campo de las nulidades del proceso penal. **Este puede considerarse el pensamiento o argumento básico de la tesis que estamos analizando.**

- b) El segundo argumento o pensamiento es prácticamente una consecuencia del primero, y se manifiesta en la lectura que se hace de las llamadas “nulidades genéricas”. Este argumento funciona más o menos así: como no existen más nulidades que las consagradas en forma expresa por las normas procesales (y se toma como paradigma de ello las denominadas nulidades “específicas”) las denominadas “nulidades genéricas” son interpretadas con sentido muy restringido, ya que no son regulaciones particulares o individuales de determinado acto procesal, sino que son regulaciones con sentido más amplio o general. De esta forma, **se produce una nueva reducción del campo de lo inválido jurídicamente en materia de actividad procesal penal.**

9. LA FUNDAMENTACIÓN³² CONSTITUCIONAL DE LAS NULIDADES EN EL PROCESO PENAL.³³

La amplitud del concepto nos obliga a delimitarlo puntualmente para así realizar el análisis desde una perspectiva que

³² “... Debe declarar se la nulidad del auto interlocutorio que desestimó la denuncia que sirvió de base al proceso cuando él a quo se limitó a hacer referencia a los motivos que dieron origen al proceso, el requerimiento del Ministerio Público y al Código Procesal Penal, sin dar mayores fundamentos que sustenten su decisión...”. (Tribunal: Tribunal de Apelaciones en lo Criminal de Asunción, sala 1. **Fecha:** (A. I. N° 4) 04/02/2011. **Partes:** Aquino Alvarenga, Juan Pablino s/ Producción de documentos no auténticos.)

³³ En este punto pretendemos poner en claro cuáles son los fundamentos de las nulidades en el proceso penal. Es nuestra convicción que ello ayudará a la determinación del exacto contenido o ámbito de las mismas.

se ajuste a los objetivos del trabajo y que consiste en emprender el funcionamiento de las mismas en el marco constitucional y procesal paraguayo.

Conforme surge del contenido del acápite —pretendemos— establecer cuáles son los fundamentos o la ratio legis de las nulidades en el proceso penal, a los efectos de coadyuvar a la determinación del exacto contenido o ámbito de aplicación de los mismos.

Para nuestro entender, las nulidades en el proceso penal, tienen un doble fundamento de tipo constitucional.³⁴

Ese *doble fundamento*, que nos referíamos son los siguientes:³⁵

- a) garantizar³⁶ la efectiva vigencia del **debido proceso legal**³⁷; y

³⁴ En cuanto a los fundamentos, debemos expresar también que el mismo Carrara, al referirse a las formas procesales a las que deben estar sujetos los actos realizados por las partes y el juez durante el desarrollo del proceso a fin de que surta todos sus efectos jurídicos legales, expresaba que el conjunto de modalidades y formalidades que conforman el rito procedimental fue instituido para frenar al órgano jurisdiccional (juez o tribunal) en sus propios actos. Es así, que en virtud de lo expresado, se tiene un Código Procesal Penal que prescribe ciertas formas de las que deben ser revestidos determinados actos, sin preverse una sanción de nulidad de los hechos realizados en contravención a ella, serían sostener una afirmación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacer creer a la ciudadanía en general que se provea a la protección de las personas honradas en tanto que a nadie en verdad se protege. A ella se debe la observancia del rito (formas) que no solo es una garantía de justicia, sino también una condición necesaria, de tal suerte que los ciudadanos confíen en la justicia a través de los que tienen la difícil misión de administrarla.

³⁵ Criterio que compartimos con el Prof. Nelson R. Pessoa, expresada en su obra citada precedentemente.

³⁶ La Real Academia Española define el vocablo GARANTIA como: “*Derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos...*”, mientras que para Manuel Ossorio son: “*Las que ofrece la Constitución en el sentido de que se cumplirán y respetarán los derechos que la misma consagra, tanto en la que se refiere al ejercicio de los de carácter privado como al de los de índole pública...*”.

³⁷ DERECHOS Y GARANTÍAS DEL IMPUTADO: El Derecho de Defensa desde la Investigación Preliminar. Derecho a conocer inmediatamente y por escrito de los cargos de imputación. Derecho a un tiempo razonable para preparar su defensa. Derecho a ejercer su autodefensa material. A intervenir en plena igualdad en la fase probatoria. A impugnar las resoluciones que no le favorecen.

- b) garantizar la efectiva vigencia de la regla de la defensa y la bilateralidad en el proceso del imputado especialmente (y de otros sujetos eventuales).³⁸

En otras palabras, hasta aquí sabemos dos cosas: a) en primer lugar, que solo existen las nulidades que la **ley determina o crea**; la fuente generadora de las nulidades es única y exclusivamente la Ley, no lo es el juez ni las partes del proceso; y b) en segundo lugar, que solo se declara nulo un acto procesal en razón del incumplimiento de formas esenciales o sustanciales; no toda irregularidad o deficiencia procesal lleva a la nulidad del acto procesal.

- **CARACTERÍSTICA DEL SISTEMA.** Es bueno hablar rápido sobre este tema, al señalar enfáticamente que los sistemas denominado **legalista** de las nulidades del proceso penal³⁹ se caracte-

³⁸ Ya que no nos detendremos en este punto, no obstante considero explicarlo brevemente. NULIDADES DEL PROCESO PENAL Y EL PRINCIPIO DEL “DEBIDO PROCESO LEGAL”, y se fundamenta en el artículo 17 de la Carta Magna. El ius puniendi estatal, con todo lo que ello significa, vista desde su importancia en términos jurídicos formales de control social, como por la importancia de su incidencia en la vida de los ciudadanos, no puede ejercerse o desplegarse sin regulación normativa alguna. Elementales razones de seguridad jurídica demandan que el mismo esté controlado, regido por reglas jurídicas, ya que en el proceso penal, en última instancia, se decide la inocencia o reprochabilidad de una persona a la que se le atribuye un delito. NULIDADES DEL PROCESO PENAL Y LA GARANTIA DE LA “DEFENSA EN JUICIO”. Pero la presencia de un proceso legal previo llevado a cabo por el órgano constitucionalmente facultado para ello no es suficiente, sino que por su propia decisión de la Carta Fundamental, se requieren más requisitos que hacen a ciertas seguridades, protecciones o garantías que el proceso legalmente estructurado debe brindar al ciudadano sometido al poder punitivo estatal. Sin pretender hacer una lista exhaustiva, sino simplemente apelando al camino de una enumeración que puede ser discutible (por incompleta o porque su contenido puede cambiarse), puede decirse que la garantía constitucional de referencia comprende: el principio de inocencia, de non bis in idem, el derecho a la defensa, que implica, a su vez, varias cosas, así, por ejemplo, el derecho a conocer la imputación, el derecho a ser oído o decir sus razones, probar, alegar, etc., prohibición de reformatio in peius, prohibición de declarar contra sí mismo, limitaciones probatorias del estado sin su actividad penal persecutoria, como ser la tortura, prueba ilegal, allanamientos, papeles privados, email, etc.

³⁹ El mismo Carrara nos dice que no basta que el juicio haya alcanzado efectivamente su fin jurídico, o sea el de conducir al exacto conocimiento de la verdad, en cuanto se haya condenado al verdadero culpable, y se le haya condenado tan sólo en la medida que merecía, sino que

riza porque es *exclusivamente la ley* la que determina cuáles son las irregularidades de los actos procesales que traen como consecuencia las nulidades de los mismos.⁴⁰

Es la propia ley la que determina cuáles formas procesales son esenciales y cuales secundarias; en función de esto último es que la ley dispone la invalidez de los actos del proceso por la vía de nulidad.⁴¹

- **CONVENIENCIA DEL SISTEMA LEGALISTA.** Para ser francos el sistema legalista de las nulidades tiene ciertas bondades que lo convierten en aconsejable o superior a los otros.

Debemos decir que la lectura de las obras teóricas de la materia nos permite observar lo siguiente: es común encontrar una explicación en torno al sentido o funcionamiento del sistema legalista, pero se omite hacer un análisis de las razones que aconsejan su vigencia, especialmente en el proceso penal.

Para nosotros es importante y se fundamenta la conveniencia de las nulidades en el sistema legalista en lo siguiente:

*“es una cuestión elemental de seguridad jurídica que las formas o requisitos de los actos jurídicos procesales, cuyo incumplimiento trae consigo la invalidez de los mismos, estén establecidos con el mayor rigor posible...”*⁴²

Sería preocupante imaginarnos, verbigracia, que los requisitos para presentar el Acta de Imputación, la Acusación, el Sobreseimiento Provisional o cualquier acto de carácter conclusivo,

es preciso que esto sea creído por el pueblo. Siendo este el fin político de las formas procesales, y cuando estas formas no se observan, entonces la confianza pública en la justicia del fallo sería ya sino confianza en la sabiduría y la integridad del hombre que juzga y que no todos pueden tenerla, pero cuando esas formas se observan, la confianza pública se apoya racionalmente en esta observancia.

⁴⁰ Pero esto no es suficiente. Es importante saber cuál es la razón de ser de las nulidades en el proceso penal.

⁴¹ Esto es lo que se resume en ese axioma, que se encuentra plasmado en nuestro Código Procesal Penal.

⁴² Criterio sustentado por Nelson Ramón Pessoa, en la obra ya citada, pág. 26.

la orden de allanamiento, de la forma de la sentencia, de la inspección de personas, vehículos o bienes, su secuestro, dependerán de la voluntad de las partes o del libre arbitrio judicial.

Por eso no es difícil entender —que la única forma razonable de proteger la seguridad jurídica, en el sentido mencionado, es que las formas o requisitos esenciales y accidentales, de los cuales se depende la validez o nulidad de los actos procesales, estén legalmente consagradas.

Es importante, mencionar que a nuestro parecer «desde nuestro modesto punto de vista», el problema gira en torno a la determinación de lo que podemos llamar el verdadero alcance o sentido del principio de “*legalidad*” del proceso penal.

Y tal desnaturalización es la consecuencia de una lectura que podemos llamar arbitrariamente como “*extremadamente limitadora*” de las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal.⁴³

En palabras de Nelson Pessoa, en rigor de verdad, como punto de vista compartimos en genérico, número y grado, cuando se estudian los fallos de los Juzgados y Tribunales, en función de la manera de razonar y de resolver situaciones concretas, puede decirse que el criterio en cuestión presenta dos variantes o modalidades: a) una que podemos llamar extrema, y b) una que podemos denominar moderada.⁴⁴

⁴³ Hacemos una aclaración que consideramos importante, trabajamos especialmente con los conceptos usados en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, por la indiscutida razón de que son la expresión del derecho vigente, pues son los instrumentos con que nuestros jueces resuelven los conflictos jurídicos a ellos sometidos.

⁴⁴ En ese sentido, refiere Nelson Pessoa que: “... a) VARIANTE Y MODALIDAD EXTREMA: En términos resumidos, puede decirte que esta variante de interpretación de la regla o principio de legalidad de las nulidades del procesal penal no niega, desde el punto de vista teórica, la existencia de nulidades genéricas. Lo que sucede es que a la hora de la aplicación de esa regla general para resolver casos concretos, la misma es leída o interpretada de tal manera que, prácticamente, o no tiene la debida vigencia o se la reduce de forma tal que se la desnaturaliza. No se invalida con ello todo lo que la regla pretende privar de valor jurídico en materia de actos del proceso penal. Esto es producto de ese pensamiento siempre latente que dice que no

Sin embargo, antes de concluir esta parte del capítulo, ahondaremos en los dos fundamentos constitucionales citados precedentemente, que sirven de fundamento a la sanción de invalidez o ineficacia de los actos jurídicos sancionados con la nulidad del acto procesal.

a. NULIDADES DEL PROCESO PENAL Y EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO LEGAL

La expresión o la terminología «debido proceso» adquirió gran connotación en nuestro País luego de la entrada en vigencia de la Constitución Nacional del año 1992, lo cual produjo —por utilizar la jerga popular—en un desarrollo del concepto tanto en la esfera doctrinario como a nivel jurisprudencial.

Sin embargo, conviene realizar algunas precisiones antes de avanzar sobre este tema, advertir que referir al «debido proceso» supone varias cosas y múltiples interpretaciones.

Si bien es cierto, que en todos los ámbitos jurisdiccionales tuvo un desarrollo vertiginoso, no se ha limitado a la esfera penal, existiendo uniformidad en los tribunales, sobre la postura de que todos los procesos deben observar las reglas establecidas en el Art. 17 de la Constitución Nacional.

Es dable señalar, que en el periodo que se conoce como de «transición democrática», tras la caída del régimen dictatorial, comienza una era de adecuación legislativa a instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Así justamente no es casualidad que la ratificación de la

hay otras nulidades que las expresamente consagradas por la ley, existiendo “expresamente” únicamente a las establecidas por vía de las denominadas nulidades “específicas”. Parece que las nulidades “genéricas” no existen o, por lo menos, se desconoce toda su riqueza. b) VARIANTE MODERADA: Esta modalidad puede resumirse en estos términos: son nulos los actos que al ser realizados incumplen las formas impuestas bajo amenaza expresa y específica de nulidad, como también lo son aquellos actos que incumplen formas impuestas por reglas genéricas de nulidad. El dato que importa destacar de esta variante es, podemos decir, su mayor generosidad para leer las reglas que consagran las denominadas nulidades “genéricas”. (pág. 32/33).

Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, lleve el N° 1/1989. En este contexto de adecuación de normas de derechos humanos, surge un cambio constitucional y nace una constitución con paradigma garantista⁴⁵, donde el Estado se estructura sobre la base de un estado social de derecho, con la adopción de un gobierno republicano, democrático, participativo, pluralista, y todo el ejercicio del poder sobre la base del “reconocimiento expreso del principio axiológico de la **dignidad humana** como valor fundante del orden jurídico constitucional.

No solo el artículo 17 de la Carta Magna desarrolla las bases del debido proceso, sobre una cláusula cerrada, pues existen varios otros artículos donde existen principios, consagrados que se refieren al debido proceso, por ejemplo el artículo 16 en cuanto a la inviolabilidad de la defensa, el artículo 19 donde se establecen los límites de la prisión preventiva entre otras disposiciones.

Este es el contexto, histórico, político, normativo de las normas del debido proceso en nuestro país, que fue señalada al solo efecto ilustrativo y de ubicación, sin embargo la idea no es entrar en conceptualizaciones, ni hurgar sobre antecedentes históricos, sino cómo se aplica el debido proceso en la cotidianidad del fuero penal; y queremos ir más allá, nos proponemos trabajar sobre una visión ya no solo constitucional del debido proceso, sino una visión desde la perspectiva de los derechos humanos o, si se prefiere, desde el derecho procesal constitucional.

⁴⁵ Es a esta posibilidad de efectividad de las normas jurídicas constitucionales, que descansa en la base mínima del poder del Estado y que además cuenta con los órganos encargados del cumplimiento, a las que se conocen con el nombre de GARANTIA. En la práctica, es frecuente la confusión terminológica entre derechos y garantías, a tal punto que esa simbiosis se da no solamente en los textos constitucionales, sino incluso en las leyes y en los fallos jurisprudenciales.

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene dos incisos que dividen claramente las garantías judiciales aplicables a todo tipo de procesos (primer inciso) y las que corresponden solamente al proceso penal (inciso segundo). Podemos resumir que conforme a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, los contenidos del debido proceso penal son los siguientes (principios):⁴⁶

- a. *El derecho a ser oído*, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas.
- b. *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso.
- c. *El derecho al plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.
- d. *El derecho al juez natural*, y a que éste sea *competente, independiente e imparcial*, donde anida proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.
- e. *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el

⁴⁶ Los tratados internacionales se ubican inmediatamente debajo de la Constitución, lo que confiere especial fuerza al derecho internacional, debiendo sumarse incluso lo dispuesto por el artículo 141 de la Constitución Nacional. Inclusive nuestra Carta Magna habla incluso de la posibilidad de crear un orden jurídico supranacional, que “*en condiciones de igualdad con otros estados...admite la creación de un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural*”.

último aspecto en cuanto a darle el sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

Circunstancias que deberán valorar los jueces en el momento de realizar la ponderación de las nulidades promovidas por los defensores técnicos de los imputados y/o acusados.

Seguidamente, transcribiremos el análisis de algunos fallos relacionados al debido proceso, que fuera recopilada por la Abog. Marta Isabel Acosta Insfran.⁴⁷ Hemos preferido, en cuanto a la metodología que el análisis de los fallos además de resguardar la identidad de las partes, lo mismo en cuanto a los magistrados que dictaron la resolución.

PRIMER CASO: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

“...En resumen no surge ni del relato de hechos expuestos por la Fiscal, ni de los diagnósticos médicos, algunas de las consecuencias de lesión grave contemplado en el artículo 112 del Código Penal... y al no haber superado el análisis del primer escalón que corresponde a la determinación la tipicidad en su faz objetiva, ya no es posible avanzar en el análisis y por imperio de la ley este Juzgado absuelve de culpa y pena al procesado RBT., pues la parte acusadora no ha logrado destruir por pruebas válidas el estado de inocencia del que goza el adolescente...”. (S.D. N° 01/2010. Causa 9218/10. MP c/R.A.B.T. s/ SUP HP Lesión Grave. Dictado por el Juzgado Penal de la Adolescencia de Ciudad del Este).

Es importante entender la naturaleza jurídica de la figura. Evidentemente nos hallamos ante un derecho fundamental que

⁴⁷ Acosta Insfrán, Marta Isabel. “Reflexiones sobre el debido proceso en la Justicia Penal de la Adolescencia”, en la obra colectiva “El interés superior del niño –Tomo II. Comentarios al Código de la Niñez y la Adolescencia. Publicado por la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales. Año 2010

vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, sin admitir dilaciones o postergaciones, como derecho público subjetivo que es.

Manuel Ayo Fernández define a la *presunción de inocencia*, en los siguientes términos:

“el derecho a no ser condenado sin pruebas de culpabilidad o sin actividad probatoria realizada con las debidas garantías que en alguna forma pueda entenderse de cargo...”.⁴⁸

Por ello creemos, que atento a esta definición y a los tratados internacionales, «la presunción de inocencia» se proyecta además como un límite de la potestad legislativa y, a su vez, como criterio de interpretación de las normas vigentes, se presenta la doble vertiente:

- I. En el **ámbito procesal**, donde necesariamente implica una regla de tratamiento, a) que toda condena necesariamente deberá ir precedida de una actividad probatoria, b) las pruebas que motiven la condena deberán ser constitucionalmente legítimas y c) la carga de la prueba corresponderá siempre a los acusadores.
- II. En las **situaciones extraprocesales**, el derecho consistiría en recibir la consideración y el trato de no autor o partícipe de los hechos delictivos o análogos a estos, disposición que tiene además una norma expresa en el artículo 22 Constitución Nacional.

⁴⁸ Ayo Fernández, Manuel. Jurisprudencia constitucional—penal del artículo 24 de la CE”, pág. 95 y ss.

SEGUNDO CASO: FALTA DE FUNDAMENTACIÓN – DERECHO A LA DEFENSA

“...En fin el cúmulo de elementos probatorios, demuestran que el adolescente B.A.M.N., ha cometido el hecho punible juzgado...Según los informes psicológicos se desprende que el menor se encuentra en el tiempo espacial bien ubicado...tiene conocimiento de sus actos...además la estrategia de descargo no se basó en la irreprochabilidad del hecho...”. “...El fiscal ha solicitado la pena privativa de ocho años...la defensa solicito la absolución...y en caso de condena...sea aplicada la medida socioeducativa...conforme al principio de subsidiariedad de medida privativa de libertad...”. “...que dados los fundamentos de las partes en sus alegatos finales corresponde al tribunal subsumir la conducta desplegada por el menor, y dar una calificación final...por lo que se establece en el Art. 65 del CP que trata de la medición de la penal...el adolescente disparó...no quedó auxiliar...hizo uso de un arma...teniendo en cuenta el marco penal...el acusado es extremadamente joven...con posibilidad de reinsertarse en la sociedad...debe ser condenado a cuatro años de medida privativa de libertad”. (S.D. N° 123 MP C/ B.A.M.N. S/ HOMICIDIO. Tribunal de Sentencia de Ciudad del Este)

Sin embargo, es dable señalar que en el presente caso, varios fueron los principios violados, pero se destaca por ser totalmente infundada para establecer porque consideró probada la conducta acusada, pues luego de hacer un relato de los medios probatorios desarrollados, los alegatos de las partes, no explica porque llegó a la certeza de la autoría, la defensa ha alegado una situación de disparo accidental y la acusación un disparo intencional. Además aplica directamente la pena privativa de libertad, y no explica por qué, y en cuanto a la medición de la pena utiliza los mismos elementos del hecho punible, utilizar arma por ejemplo, totalmente violatorio del debido proceso.

TERCER CASO: DERECHO A LA DEFENSA. NULIDAD DEL MEDIO PROBATORIO POR ILEGALIDAD

“...al haber sometido al adolescente la directora de la CODENI a un interrogatorio en sede policial, donde supuestamente aquel confiesa haber realizado el hecho punible por el cual fue imputado...esta actuación es ilegal...además justamente la Directora de la CODENI, quien ha permitido y ocasionado el acto atacado de nulidad...Se configura la conculcación del debido proceso, basado en disposiciones contempladas en: art. 17 inc. 9 de la Constitución Nacional, y el artículo 12 inc. 2° de la CIN (derecho de ser escuchado conforme con las normas de procedimiento), 427 inc. 3° Código Procesal Penal (prohibición de interrogatorio sobre su participación en el hecho punible investigado por policías)...”. (A.I. N° 77/2009. CAUSA N° 195/08 MP C/ R.S. S/ SUP HP DE HURTO AGRAVADO. JUZGADO DE CIUDAD DEL ESTE)

CUARTO CASO: DERECHO A DEFENSA. DERECHO A SER OÍDO ANTES DE LA ACUSACIÓN

“...el acusado no fue oído antes de la presentación de la acusación...el Juzgado le ha hecho saber a la representante del Ministerio Público la insuficiente información acerca del domicilio...en el acta de imputación no era claro el dato...se ha intimado a la representante fiscal a que proporcione dicho actos...que debe considerar como una línea de su investigación...la correcta identificación...la fiscalía presenta la acusación aún en conocimiento de que el imputado no fue ubicado para ser oído y declaración indagatoria...independiente a la responsabilidad del ujier...juzgado o fiscalía, lo cierto y concreto es que fue presentada una acusación sin darle la oportunidad al procesado de ser oído, esto viola el derecho a la defensa, contemplado en el artículo 12 de la CIN...además no fueron realizados los exámenes pertinentes...En este proceso las garantías tienen una fundamental

importancia conforme al principio de interés superior, y el Fiscal como garante de derechos constitucionales debe actuar con criterio objetivo...por lo que mal puede presentar acusación, sin considerar elementos de descargo, aun cuando más no sea para desestimarlos fundamentalmente y máxime aún en el contexto de un proceso penal adolescente donde debe existir un plus de garantías que hacen al debido proceso...". CAUSA N° 8434/09 MP C/ J.C.A. S/ SUP HP ROBO". JUZGADO DE CIUDAD DEL ESTE.

Conforme se aprecia con el fallo transcrito, el A-quo dispuso la nulidad del escrito de acusación que fue presentado sin que el adolescente preste declaración indagatoria o tenga oportunidad para ello, la fiscalía se opuso alegando que era deber del Juzgado convocarlo, sin embargo el dato que ha proporcionado en la imputación en cuanto a la dirección no era clara y se le intimó a que presentara dicho dato, pero la fiscalía se guardó a silencio y el día fijado para la acusación presenta escrito acusatorio. Se ha concedido el sobreseimiento definitivo solicitado por la defensa pública, al no ser posible llevar adelante un proceso en contra de ausentes, y existir el presupuesto de incertidumbre insuperable, conforme al artículo 359 inc. 2° del Código Procesal Penal.

QUINTO CASO: EXCLUSIÓN PROBATORIA DE FOTOGRAFÍAS QUE ATENTAN CONTRA PROTECCIÓN A LA INTIMIDAD. PRUEBA ILEGAL. DEFENSA.

"...corresponde la exclusión probatoria solicitada por la defensa de las placas fotográficas al comprobar que la víctima y denunciante fue la que proporcionó dichas fotografías a la fiscalía...los funcionarios policiales no tenía la facultad de proporcionar fotos que se encuentran en sus archivos a terceras personas, posibilitando con ella la exhibición ante los medios de prensa de dichas fotografías en prohibición a lo señalado en el artículo 29

del CNA...pues la víctima refirió haber obtenido del Departamento de Investigación de Delitos dicha copia de la fotografía siendo esto irregular pues conforme al artículo 27 del CNA, tanto las autoridades judiciales como administrativas deben guardar la debida reserva sobre los casos en que intervengan...además justamente la foto que aparece en dicha foja es la que fue exhibida por los medios de prensa, en consecuencia amén de decretar la exclusión probatoria de dicha placa fotográfica...corresponderá elevar un informe a la Jefatura de la Policía Departamental para la investigación administrativa correspondiente, así como una comunicación a la Mesa de Entrada del Ministerio Público, denunciando el hecho, para la investigación que pertinente fuere...". CAUSA N° 4075/09 MP C/ F.S.I. S/ SUP HP ROBO AGRAVADO.

Luego del análisis de la jurisprudencia en el fuero especializado de la niñez y la adolescencia, con relación al debido proceso, seguidamente analizaremos los fallos en el fuero penal ordinario.

PRIMER CASO: VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

"...todos estos extremos, amén de las desprolijidades e incongruencias presentadas en las diligencias preliminares, la imputación propiamente, la ausencia de una resolución sobre la rectificación sobre los datos correctos de la persona imputada, y las documentales analizadas precedentemente hacen fehacientemente que el acusado y la víctima eran Indígenas miembro de la etnia Pai Tavyterá y de la Comunidad Indígena Totorá, a ese respecto el procedimiento para los hechos punibles relacionados con Pueblos Indígenas se encuentra legislado dentro de los procedimientos especiales del Código Procesal Penal, que en su artículo 432, exige que cuando tanto el imputado como la víctima sean miembros residentes de una Comunidad Indígena debe aplicarse la normativa establecida en el Título VI, en todas las etapas del

procedimiento, surgiendo del expediente judicial que dicha circunstancia, es decir, la asistencia obligatoria de un Consultor Técnico especializado en cuestiones Indígenas, no se ha dado en el procedimiento ni en las distintas actuaciones, asimismo debe remarcarse que dicha normativa tiene su sustento constitucional en las previsiones del Art. 63 in fine de la Constitución Nacional, que establece claramente: “*..Que en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena*”, en este caso, al presentarse el incidente analizado antes de la realización del presente juicio y al enmarcarse los fundamentos esgrimidos por la defensa pública dentro de las previsiones mencionadas, conduce a éste Tribunal de Sentencia tal circunstancia **configura nulidad absoluta del procedimiento**, las actuaciones y la acusación, de conformidad a lo previsto en el Art. 165 del Código Procesal Penal...”. (“Ministerio Público c/ Hilario Ramón Benítez s/ Homicidio Doloso en Calle 9-Alfonso Cue”. A.I. N° 99 de fecha 01 de Agosto de 2012 dictado por el Tribunal de Sentencia de la Circunscripción Judicial de Concepción).

SEGUNDO CASO: INCUMPLIMIENTO DE NORMAS PROCESALES DE CARÁCTER TAXATIVO.

“...Una vez determinada la competencia, debe analizarse la procedencia de la acción penal, y habiéndose presentado en el presente juicio un incidente de nulidad de actuaciones y sobreseimiento definitivo a favor del acusado JUAN CARLOS RAMIREZ, que requiere un tratamiento como de previo y especial pronunciamiento, que fuera corrido debido traslado a la representante del Ministerio Público quien se opuso al incidente planteado por la defensa a favor del acusado; por lo que el Tribunal de Sentencia debe analizar las constancias de autos, los fundamentos expuestos por las partes y las pruebas ofrecidas; en ese sentido, efectivamente en la imputación formulada por la representante del Ministerio Público en fecha 17 de agosto del 2008, con-

tra JUAN CARLOS RAMIREZ; la Nota Policial N° 14/08, de la Sub Comisaría 23, de la Colonia Paso Tuya, que da cuenta del hecho punible; el acta de levantamiento de cadáver efectuado en la Colonia Indígena Vy'a Pave; la acusación formulada por el Ministerio Público en fecha 18 de febrero del 2009; el A.I. N° 419 de fecha 19 de agosto de 2008, emanada del Juzgado Penal de Garantías de Horqueta, todas estas instrumentales dan cuenta y consignan la condición de indígenas tanto del acusado como de la víctima y vivían en la Colonia Indígena Vy'a Pave, distrito de Horqueta; de dichas instrumentales surge claramente la condición indígena de ambos; circunstancia que se encuentran previstas en el Artículo 432 del Código Procesal Penal, por lo que el procedimiento que le debe ser aplicado es el previsto en el Libro Segundo, Título VI del Código Procesal Penal, que se refiere a "Procedimientos para Hechos Punibles relacionados con los pueblos indígenas"; de todo el análisis precedente y todas las demás constancias obrantes en el expediente, surge a prima facie que tanto en la etapa preparatoria como en la intermedia, no se ha efectuado la investigación fiscal con la asistencia obligatoria de un consultor técnico especializado en cuestión indígena, pues, el Juez de la causa necesariamente debió escuchar el parecer de dicho perito para la imposición de medidas, así mismo tampoco se ha dado cumplimiento con las reglas especiales establecido en la normativa aludida y que debe ser aplicables en la etapa intermedia; el informe elevado al Ministerio Público por la Asesora de Derechos Étnicos de dicha dependencia, de ninguna manera puede suplir las exigencias del procedimiento especial al que hace referencia, así mismo el Acta de apertura a juicio, surge que ha sido ofrecido como Consultor Técnico especializado al Dr. Hugo Medina Huerta, nominación absolutamente extemporánea, pues, como se viene diciendo, debió ser concretado en las etapas preparatoria e intermedia, por lo que tampoco dicha nominación puede suplir la obligación de contar con dicho perito consultor,

como bien lo requieren los artículos 433 y 434 del Código Procesal Penal, que establecen la imperiosa asistencia del consultor técnico en todas las etapas del procedimiento penal, surgiendo del expediente judicial que dicha circunstancia, es decir, la asistencia obligatoria del Consultor Técnico especializado en cuestiones Indígenas, no se ha dado en el procedimiento en todas las actuaciones, asimismo debe remarcarse que dicha normativa tiene su sustento constitucional en las previsiones del Art. 63 in fine de la Constitución Nacional; en este caso, al presentarse el incidente analizado antes de la realización del presente juicio y al enmarcarse los fundamentos esgrimidos por la defensa dentro de las previsiones mencionadas, conduce a éste Tribunal de Sentencia tal circunstancia configura nulidad absoluta del procedimiento, las actuaciones y la acusación, de conformidad a lo previsto en el artículo 165 del Código Procesal Penal...". (Ministerio Público c/ Juan Carlos Ramírez s/ Homicidio Doloso en la Colonia Indígena Vy'a Pave- Horqueta- A.I. N° 10 de fecha 23 de febrero del 2010 dictado por el Tribunal de Sentencia de la Circunscripción Judicial de Concepción)

TERCER CASO: ERRÓNEA APLICACIÓN DEL DERECHO

"...En esa inteligencia es dable advertir que el fallo impugnado incurre en error de derecho (in iure) que lo conduce a inobservar e inaplicar acertadamente las normas que la ley especial N° 1680/01 "Código de la niñez y la adolescencia", al fundamentar su determinación en las disposiciones del Código Procesal Penal (arts. 242 y 244), al sostener que "el marco penal en la presente causa se puede extender hasta 15 años de pena privativa de libertad por lo que según la expectativa de pena, lo convierte en grave, y el peligro de fuga, persiste, así como lo establece la Ley N° 2493/04 que modifica el artículo 245 de la Ley N° 1286/98)...En las condiciones señaladas no cabe otra que anular la resolución por estar fundada exclusivamente en las disposicio-

nes del Código Procesal Penal...". (Expediente: "Víctor Manuel Alvarenga Núñez y Nelson Alcides Mora s/ Robo Agravado". A.I N° 10 de fecha 21 de abril del 2005 dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia).

CUARTO CASO: AUSENCIA DE DETERMINACIÓN DEL HECHO EN LA ACUSACIÓN FISCAL

"...El Juzgado encuentra sin lugar a dudas que no solo la relación fáctica es genérica, sino también los fundamentos de la acusación y las pruebas ofrecidas y para ninguna se aclara qué es lo que probará. Los hechos atribuidos, comunicación fluida y tenencia de fotografías no son delitos, y si tienen conexión con hecho punibles específicos no está expresada en la acusación como lo requiere el Art. 347 del Código Procesal Penal. Una vez hecha la revisión pormenorizada y detallada de la acusación fiscal se observa que la misma carece de una relación precisa y circunstanciada de los hechos atribuidos a los acusados, describe hechos de manera genérica haciendo nada más que conjeturas, comprobándose su inconcreción fáctica, no dice como los acusados ayudaron para el secuestro, qué armas proveyeren, qué vestimentas proveyeron, a quien y cuando escondieron a sus casas, con quienes se comunicaron y cuando, la acusación fiscal cuando menos desprolija, no atribuye hechos concretos a los acusados, se encuentra caracterizada en todas las líneas por su indeterminación, incumpliendo de este modo el artículo 347 del Código Procesal Penal numeral 2 que establece que la acusación debe relatar los hechos en forma precisa y circunstanciada, concordante esta disposición legal con tratados internacionales ratificados por el Paraguay, específicamente el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 8 numeral 2 inc. b guardando estas disposiciones legales nacionales e internacionales estrecha relación con la dignidad humana...". "...habiéndose verificado todos y cada uno de las falencias indicadas por los abogados defensores, y no siendo subsanados por las Fiscalía estas falencias, ni respondido satis-

factoriamente el Ministerio Público al momento de contestar las objeciones hacia la acusación, quienes se limitaron a decir que cumplieron con los requisitos del Art. 347 del Código Procesal Penal, pero sin embargo no han indicado cual es el hecho concreto, ni han explicado válidamente los fundamentos en que se basan, la acusación no es válida para promover el juicio y así debe declararlo el Juez. No se puede iniciar un juicio sin el relato fáctico, porque no hay base para la defensa. Es, posiblemente, el elemento esencial de toda acusación, que no puede ser reemplazado por la simple alegación de la infracción, por la mención de constancias anteriores o conjeturas. La acusación es un acto procesal sometido a requisitos formales como todo acto procesal. Uno de ellos es la descripción circunstanciada del hecho por el que se acusa. Si ello no existe carece de validez y no se puede permitir el juicio en esas circunstancias...". (CAUSA: OSVALDO VILLALBA Y OTROS s/ SECUESTRO Y OTROS EN KURUSU DE HIERRO". A.I. N° 220 de fecha 27 de junio del 2011 dictado por el Juzgado de Yby Yau, Departamento de Concepción).

QUINTO CASO: DOBLE VALORACIÓN EN LA MEDICIÓN DE LA PENA

"... de los argumentos arriba mencionado el Tribunal de Sentencia debe tener presente al momento de la medición de la pena establecida en el artículo 65 del Código Penal y con mucha atención la que se refiere de no considerar para la medición de la pena las circunstancias que pertenecen al tipo. En nuestro caso, el hecho fue subsumido y condenado para ambos dentro de lo previsto en el artículo 105 inc. 1 y 2, num. 4 del Código Penal que reza: 1° El que matara a otro será castigado con pena privativa de libertad...2° La pena podrá ser aumentada hasta veinticinco años cuando el autor:...4...actuara en forma alevosa, aprovechando intencionalmente la indefensión de la víctima...". En ese orden de cosas observamos las circunstancias que el Tribunal de Sentencia ha sopesado, de los que resulta el punto 1 de la medición

de la pena en cuanto a: "...LOS MOVILES Y FINES DEL AUTOR", el Tribunal de Sentencia ha sustentado la premisa "...el fin único que persiguieron durante la comisión del hecho típico de parte de los mismos han sido el de dar muerte a la víctima..." evidenciándose una doble valoración por haberse tenido en cuenta la circunstancia del tipo legal. Luego continúa diciendo: "...asimismo tuvo como móvil o actúo con la sed de venganza, lo que no condicen con la moral y las buenas costumbres". Si bien en esta última parte es la que debió primar, pues dan cuenta los motivos y propósitos que incitaron y llevaron al autor a la comisión del hecho punible, sin embargo la premisa en su conjunto ya se encuentra viciada. También, observamos que en el punto 6 dice: "...LAS CONSECUENCIAS REPROCHABLES DEL HECHO: en contra pues han dado muerte a una persona indefensa...". Nuevamente aquí se observa una doble valoración en la premisa sustentada por el A quo, pues refiere "dar muerte a una persona indefensa" circunstancia perteneciente al tipo penal, debió más bien considerar consecuencias que guardan vinculación con el fin de protección de la norma. Que esta doble valoración de dichas circunstancias al momento de la medición de la pena, ha impuesto a los señores GUSTAVO FELIX ACOSTA y RIGOGERTO LUIS FRANCO CACERES, la pena privativa de libertad de QUINCE AÑOS, fruto de la doble valoración contraria a la sana crítica y a la norma legal, corresponde en consecuencia declarar su nulidad, reenviando a la presente causa a otro Tribunal de Sentencia a los efectos de sustanciar el juicio sobre la pena, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 473 del C.P.P. en concordancia con el Art. 379 del mismo cuerpo legal...". (CAUSA: GUSTAVO FELIX ACOSTA Y OTRO s7 HOMICIDIO DOLOSO". Acuerdo y Sentencia N° 63 de fecha 02 de diciembre del 2013 dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Segunda Sala, de la Capital).

B. NULIDADES DEL PROCESO PENAL Y LA GARANTÍA DE LA “DEFENSA EN JUICIO”.

Se ha dicho con acierto que la promulgación y consecuente puesta en vigencia de nuevas leyes del sistema penal posibilitó la aplicación efectiva de varios principios o postulados que garantizan la «DEFENSA EN JUICIO». Sin embargo, como dice el economista compatriota Pablo Alfredo Herken Krauer: «AUNQUE DUELE DECIRLO, HAY QUE DECIRLO», a pesar de sus 14 años de vigencia plena, «la ineficacia e irresponsabilidad» de varios operados del sistema penal sembraron la desconfianza y/o decepción ciudadana hacia las nuevas leyes garantistas; y si esto fuera poco, los medios masivos de comunicación social contribuyeron en gran medida para crear este «ambiente o efecto» asociando a las mismas como normas que solo sirven para la protección a los “malvivientes”.

Lamentablemente las garantías de la DEFENSA EN JUICIO, esta pasando por una «etapa de retroceso», y explicaremos seguidamente, porque creemos eso.

- TOLERANCIA POR PARTE DE LOS MAGISTRADOS JUDICIALES DE LAS DEFICIENCIAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

En primer lugar, porque la mayoría de los magistrados judiciales toleran *deficiencias fundamentales* y *siguen supliendo funciones del Ministerio Público* a través de las medidas de mejor proveer, *so pretexto* de salvar deficiencias en la actividad probatoria de los fiscales y en otros casos, admitiendo pruebas en total contravención con las normas del debido proceso legal.

Al respecto el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales del Paraguay (INECIP PY), sobre el tema en estudio, había expuesto que:⁴⁹

⁴⁹ Martens, Juan; Orrego Roque. Derecho a las garantías judiciales y al debido proceso: desilusiones y retrocesos por ineficacia de operadores de justicia en el sistema penal. En publicación:

«Entre las principales deficiencias de la actividad probatoria de los fiscales podemos destacar: 1) son ofrecidos como pericia informes técnicos que no cumplen los requisitos legales de la prueba pericial, según el Código; 2) se propone el ingreso de elementos de prueba propios de la testifical, a través de la prueba pericial, en contra de las expresas prohibiciones de la ley; 3) proponen la incorporación de documentos a través de su mera exhibición, cuando la ley exige, por lo menos, su lectura parcial de la parte pertinente; 4) en la fase de investigación no se recurre a rechazar fundamentadamente los pedidos investigativos de la defensa, según lo establece el Código; 5) no plantean aclaratorias contra la resolución que abre la causa a juicio, cuando la resolución no contiene el relato circunstanciado del hecho que pretende probarse en juicio, provocando como consecuencia una actividad probatoria irregular, que afecta la estructura constitucional del juicio; y 6) los fiscales tienden a la formalización y escrituración de la fase investigativa reproduciendo el antiguo sumario y tornando innecesariamente lenta a la investigación. A pesar de estas deficiencias en la presentación de los casos por parte de los fiscales, los tribunales tienen como práctica común ayudar a la actividad probatoria del Ministerio Público produciendo vicios de la sentencia, ya que éstas se basan en medios probatorios ilegalmente incorporados al juicio...»

- MALA PRAXIS EN EL MINISTERIO PÚBLICO: INCUMPLIMIENTO DE NORMAS PROCESALES ESENCIALES

En segundo lugar, y no menos importante que afecta —la garantía de la defensa en juicio—, constituyen la perniciosa

Derechos Humanos en Paraguay 2005. Coordinadora de Derechos Humanos. CDE, Centro de Documentación y Estudios, Asunción, Paraguay, Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (Codehupy). Diciembre. 2005. Pág. 117

práctica de la Declaración Indagatoria ante el Ministerio Público, en donde es común el no cumplimiento de las disposiciones del Código Procesal Penal, ya que en la mayoría de los casos recurren a una mera enunciación del hecho punible que se le atribuye, sin mencionarle en ese acto procesal las circunstancias fácticas y los elementos de prueba que hay en su contra para que ejerza su derecho de defensa.

El Poder Judicial y el Ministerio Público alegan que existe una tolerancia justificada sobre estos hechos en la práctica, fundamentando el recargo de trabajo.

Las privaciones ilegítimas o arbitrarias a la libertad personal son practicas constantes de los funcionarios encargados de realizar las aprehensiones o detenciones, que incluso van aumentado en casos de determinados sectores vulnerables; y esta situación ha sido expuesta reiteradas veces por CODEHUPY.⁵⁰

Otro situación preocupante es que, en general, la Policía Nacional y el Ministerio Público no dan cumplimiento a las obligaciones de comunicar la causa de la privación de libertad; tampoco dan cumplimiento a las demás obligaciones que la ley les impone al tiempo de la aprehensión o detención.

- CASOS EMBLEMÁTICOS:

Los/as integrantes de las organizaciones campesinas quizá sean, entre los sectores organizados de la sociedad, los que con mayor frecuencia sufren privaciones ilegítimas a su libertad personal.

⁵⁰ Un trabajo realizado por Marcos Köhn Gallardo y Juan Martens Molas sobre Detenciones ilegales y arbitrarias: privaciones ilegítimas de libertad afectas a más sectores organizados, del año 2005, ya desnudaba esta situación. En la parte medular de sus conclusiones expresaron: “El Ministerio Público debe dedicar más tiempo y esfuerzo a la investigación de los hechos punibles de privación de libertad cometidos por funcionarios públicos (art. 124 del Código Penal). Es llamativa la poca cantidad de causas abiertas (12 en este año) con relación a las denuncias realizadas en los medios de comunicación y organismos de derechos humanos...”. (Derecho a la Protección Judicial. Derechos Humanos. 2005). Pág. 148

Un ejemplo, sería lo ocurrido en San Pedro, en donde el actual Defensor del Pueblo, Manuel María Páez Monges, había recibido un informe en fecha 27 de enero del 2005 por parte de la Sra. Rosa María Rojas Pedrozo.

Otros casos sería, el de José Bordón, líder campesino de la localidad de Naranjito, distrito de General Resquín, y coordinador de la lucha por la reforma agraria del departamento de San Pedro, quien fuera aprehendido con otros ciudadanos, cuando circulaba en su camioneta, los uniformados interceptaron su móvil, y lo aprehendieron, no explicándole los motivos de su privación de libertad, tampoco le exhibieron ninguna orden de autoridad competente.

Tampoco podríamos dejar de mencionar el «Caso de la Estancia Cuapé». En protesta por el uso indiscriminado de agrotóxicos en la estancia Cuapé (Gral. Resquín), que supuestamente contaminaba las viviendas aledañas, un grupo de campesinos ocupó parte de la estancia Cuapé en exigencia a la atención de sus reclamos, ya que denunciaron que las autoridades estatales nada hacían ante las denuncias presentadas.

El 4 de noviembre de 2004, operativos policiales del II Departamento, en donde las Fuerzas de Operaciones de la Policía Especial (FOPE) , la Agrupación de Policías Ecológica y Rural (APER) y por primera vez los militares, realizaron un procedimiento, que resulto la detención de 31 personas que ocupaban una parte de la Estancia y en donde lamentablemente falleció un campesino de nombre Aureliano Espínola.

El llamado «Caso Aba´i», en donde las irregularidades son graves y perturbadores, en donde los militares participaron en desalojos, controles camineros, sino que peor, incluso realizaron hasta allanamientos de viviendas particulares, y la detención de cuatro campesinos. Este hecho ocurrió en la tarde del 13 de noviembre de 2004 en Aba´i, Departamento de Caazapá.

Otro caso muy difundido por los medios masivos de comunicación fue el «Caso Manuel Vera y Fabricio Arnella», que eran estudiantes secundarios de la Federación Nacional de Estudiante Secundarios (Fenaes), fueron privados de su libertad en forma ilegítima, el 12 de mayo de 2005, cuando se dirigían de Ciudad del Este a Asunción a bordo de un ómnibus de la empresa San Luis, por parte de efectivos policiales.

El «caso Fabricio Arnella» consistió en otra privación ilegítima de su libertad por parte de policía de la Agrupación de Bomberos, primero, y luego en la Comisaría Primera Metropolitana, donde fue encerrado en un calabozo con presos comunes, aproximadamente por 45 minutos, como consecuencia de una denuncia por parte de un chofer de la Línea 37-B, empresa Saeta, a quien había exigido el cumplimiento de la ley del boleto estudiantil.

El «caso Manuel Vera», tampoco puede pasar desapercibido, puesto que el mismo fue privado de su libertad en forma ilegítima el 06 de agosto del 2005, cerca de las 14 horas por el suboficial Mayor Ramón González y José A. Florentín, en las inmediaciones de Juan E. O'Leary y Andrés Gelly, de Asunción, "ante la actitud sospechosa de una persona de sexo masculino que iba corriendo por la calle Dupuis".

El famoso «Caso César Ojeda y Edgar Estigarribia», ambos integrantes del Grupo Juvenil San Blas de Loma Pyta, fueron privados ilegítimamente de su libertad el 24 de septiembre de 2005, aproximadamente a las 19:30, por efectivos de la Comisaría 22° metropolitana, luego de una reunión informal en la casa de uno de los miembros del grupo.

Y podíamos continuar con los casos en forma sucesiva; sin embargo, nuestra intención es simplemente a los efectos de ejemplificar al lector sobre estas cuestiones y crear conciencia sobre la importancia del cumplimiento de las garantías constitucionales y en especial la defensa en juicio.

Por otro lado, existieron otros hechos de público y notorio procedimiento, que constituyen flagrante violación de normas constitucionales y por ende NULOS DE NULIDAD ABSOLUTA, por citar, uno de los más notorios:

El «caso de arreo de niños/as en Ciudad del Este»: unos 30 niños, niñas y adolescentes que se encontraban en la vía pública fueron privados de su libertad en forma ilegítima por efectivos policiales de la Policía Nacional y municipal de Ciudad del Este, sin que medie para tal efecto ninguna orden de autoridad competente (judicial ni proteccional).

MALAS PRAXIS EN EL PODER JUDICIAL: LA CUESTIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva siempre actuó como mecanismo de punición sin juicio en la historia del proceso paraguayo. La Ley N° 1.286/98, que establece el nuevo Código Procesal Penal, incorporó claras reglamentaciones para el uso de la prisión preventiva. También incorporó las medidas alternativas y sustitutivas a la prisión preventiva. Con esto se pretendió facilitar la vigencia del artículo 19 de la Constitución Nacional y rescatar la centralidad de la garantía del juicio.

El artículo 234 del Código Procesal Penal declara como «principio la excepcionalidad» de todas las medidas cautelares.

“...la práctica judicial reemplazó la histórica ordinaria de aplicación de la prisión preventiva por la ordinaria aplicación de las medidas alternativas o substitutivas a la prisión preventiva, cuando que el artículo 304 del Código Procesal Penal aclara que “el acta de imputación no implicará necesariamente la aplicación de una medida cautelar”. Se sigue asimilando el proceso penal a la necesidad de aplicación de medida cautelar.”⁵¹

⁵¹ Martens, Juan; Orrego Roque. Derecho a las garantías judiciales y al debido proceso: desilusiones y retrocesos por ineficacia de operadores de justicia en el sistema penal. En publicación:

Otra mala praxis —constituye la aplicación del artículo 236 del Código Procesal Penal que estableció el principio de proporcionalidad de la privación de libertad. Para los casos que la pena mínima sea muy alta, el Código «a nuestro entender» **limitó el tiempo de duración a un máximo de dos años**. En aplicación de este mismo principio de proporcionalidad y distorsionando el mandato legislativo, los jueces establecieron que en virtud del artículo 19 de la Constitución Nacional está permitido aplicar prisión preventiva de más de dos años cuando la pena mínima del supuesto hecho punible investigado sea superior a los años que como máximo establece el Código.

En estos casos, la jurisprudencia ha distorsionado la literalidad y el sentido teleológico del artículo 236 del Código Procesal Penal, por ello analizaremos tres fallos de la Corte Suprema de Justicia.

1. “Hábeas corpus reparador planteado a favor de Lino César Oviedo Silva”. Resolución N° 677 del 31 de julio de 2007. Ministros intervinientes: Sindulfo Blanco, Alicia Pucheta y José Altamirano.
2. “Hábeas corpus reparador” presentado a favor de Víctor Daniel Paiva, en la causa: “Juan Pío Paiva y otros s/ Homicidio Doloso y otros”. Acuerdo y Sentencia N° 766 del 08 de agosto del 2007. Ministros intervinientes: Sindulfo Blanco, Víctor Nuñez y Alicia Pucheta.
3. “Hábeas corpus reparador y genérico presentado por la Defensora Pública María Lichi Nuñez a favor de Y.G.B.C. y M.N.L.” Acuerdo y Sentencia N° 1391 del 28 de setiembre del 2012. Ministros Intervinientes: Alicia Pucheta, Sindulfo Blanco y Gladys Bareiro de Módica.

Tema contradictorio decidido en las causas señaladas pre-

cedentemente: *duración máxima de la medida cautelar de la prisión preventiva, aplicación contradictoria del artículo 236 del Código Procesal Penal.*

La limitación temporal de la medida restrictiva de libertad ambulatoria constituye una cuestión medular a la hora de evaluar el sistema penal vigente en una república.

Tal como lo afirma el Prof. Julio Maier, se considera al proceso penal de una nación como «el termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de su Constitución» o «el sismógrafo de la Constitución Estatal».

Por eso se afirma que el derecho procesal penal es el derecho constitucional reformulado o derecho constitucional reglamentado.

La prisión preventiva debe ser dictada y mantenida solo en casos excepcionales de conformidad al artículo 19 de la Constitución Nacional. Es una medida cautelar personal, provisoria, proporcional y excepcional.

El objetivo de la prisión preventiva es «única y exclusivamente» asegurar el éxito de la investigación y que la persona se encuentre a disposición de los mandatos de la justicia.

La prisión preventiva puede ser sustituida por otros mecanismos menos gravosos, siempre y cuando cumpla con el mismo objetivo. Nunca debe tener el carácter de una pena anticipada.

Los plazos previstos en el ordenamiento jurídico paraguayo, como límite temporal al encarcelamiento preventivo en el proceso penal, puede ser enunciados de la siguiente forma:

Constitución Nacional (art. 19): pena mínima del marco legal, según la calificación del hecho punible.

Código Procesal Penal: duración máxima del procedimiento, tres años (más seis meses) o cuatro años (mas un año), según la ley aplicable (art. 236).

Código Procesal Penal: dos años (art. 236).

Existe una *prórroga* de tres meses, respecto a todos los plazos fijados por este código (C.P.P.), en caso de existir sentencia condenatoria impugnada (art. 252 numeral 3).

Ante los distintos marcos temporales arriba citados, cabe preguntar: El plazo de dos años de duración máxima de la privación de libertad previsto en el artículo 236 del C.P.P., ¿es facultativo, imperativo; alternativo o subsidiario?.

El segundo párrafo del artículo 236 utiliza la expresión [EN NINGÚN CASO PODRÁ SOBREPASAR], por lo que se puede concluir que la disposición es imperativa y subsidiaria; y en consecuencia el plazo de dos años es un límite máximo, para el caso que la pena mínima no sea inferior al mismo.

En el fallo anotado N° 1, la Sala Penal, por mayoría hace lugar a un hábeas corpus reparador planteado a favor de Lino Cesar Oviedo, estableciendo la ilegitimidad de la prisión preventiva cuya duración ha excedido los tres años, tomando en consideración los antecedentes de la causa y el estado del proceso (estado de sumario, causa seguida bajo las reglas del Código Procesal Penal derogado). Invocando fallos de tribunales supranacionales y doctrina, culmina la mayoría de la Sala Penal estableciendo que **la prisión preventiva impuesta al procesado ha violado el principio de proporcionalidad de la duración de restricción de libertad.**

El voto en disidencia de la Dra. Alicia Pucheta se ratifica en el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia en fallos anteriores, en donde se establece la duración máxima de la prisión preventiva, en consideración a la pena mínima correspondiente a la calificación jurídica, conforme al artículo 19 de la Constitución Nacional.

Mientras que en el fallo anotado N° 2, por unanimidad de la Sala Penal, rechaza el hábeas corpus reparador interpuesto a favor de Víctor Daniel Paiva.

La defensa invocó el transcurso del plazo de dos años para la duración máxima de la prisión preventiva, establecido en el artículo 236 del Código Procesal Penal. La Corte Suprema de Justicia declara que la privación de libertad no deviene ilegítima, teniendo en consideración que no ha transcurrido el tiempo previsto para la pena mínima aplicable al caso (homicidio doloso), en aplicación del artículo 19 de la Constitución Nacional, con lo cual ratifica una posición adoptada en forma unánime en otros casos similares, salvo en el caso en estudio.

Mientras que en el fallo anotado N° 3 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por unanimidad, hizo lugar al habeas corpus reparador planteado por la defensa pública, por haber excedido el plazo de duración que prevé el artículo 236 del C.P.P., es decir, por haber superado la prisión preventiva la pena mínima establecida para el delito acusado, y el plazo constitucional regulado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. En igual sentido, se han pronunciado en otros fallos, a saber, Acuerdo y Sentencia N° 871 del 10 de setiembre de 2007 en el Hábeas Corpus reparador presentado a favor de G.A.S.; Acuerdo y Sentencia N° 245 del 27 de mayo de 2010, en el Hábeas Corpus Reparador presentado a favor del J.C.

Sin embargo—esto no termina ahí. Otra mala práctica de los Juzgados Penales de Garantías, que incluso se encuentra reglamentada por una acordada de la Corte Suprema de Justicia, es el hecho de que los secretarios de los Juzgados de Garantía cobran a los procesados por la redacción en sus libros protocolares del acta en virtud del cual aceptan la imposición de las medidas.

En donde radica, la práctica perniciosa? En que esta circunstancia de hecho contribuyó a la ordinarización de las medidas cautelares. Y hay casos que en la práctica se exigen cauciones reales, incluso a personas de escasos recursos. Un caso concreto y paradigmático fueron las cauciones reales que se exigieron a los campesinos procesados por la supuesta comisión de hechos punibles de invasión de inmueble ajeno.

No hay que perderse de vista, que en nuestro derecho, es peligrosamente desvirtuada la aplicación de este principio para beneficiar a los delincuentes de cuello blanco que, fianza real de por medio⁵², escapan del alcance de la justicia mientras las cárceles se hacinan con los pobres, que no tienen recursos para la fianza real y entonces tampoco, en cruel paradoja, tienen presunción a la inocencia. Vemos en este caso también las personas de escasos recursos ven que la garantía de igualdad consagrada en el artículo 46 se convierte en letra muerta, con lo cual tampoco se materializa el principio básico de la prisión preventiva, que debe ser dictada solamente en los casos estrictamente necesarios para las diligencias judiciales. Vía dinero, entonces se pervierte un principio básico de la Constitución: la igualdad ante la ley, y entonces aunque existan las condiciones objetivas para que un procesado pobre pueda beneficiarse con las medidas sustitutivas de prisión, al carecer de la posibilidad de dar fianza real supuestamente persiste el peligro de fuga y entonces no hay medida sustitutiva. En el derecho comparado y especialmente en materia penal, el arraigo económico generalmente se limita para suplir, a carencia de domicilio del interesado, debiendo siempre concurrir otros factores equilibrantes, de manera a no castigar así la inferioridad económica de los procesados.

Resulta indiscutible que una de las garantías básicas de nuestro sistema es que nadie puede ser penado sin juicio previo y

⁵² Un ejemplo de esto surge del caso “Ministerio Público c/ W.B.S. s/ lavado de dinero”, donde una persona implicada en el caso conocido como mega asalto solicitó medidas sustitutivas. Pues bien, el Juzgado recordó lo dispuesto en el Art. 19 CN en materia de prisión preventiva, invoca el artículo 245 del CPP, que *“sin prejuzgar sobre la culpabilidad o inocencia de la imputada, el principio es que la misma tenga la oportunidad de soportar un proceso penal en un régimen de mayor libertad y buscando asegurar la misma esté siempre a disposición de la investigación fiscal...”*, luego hace consideraciones sobre los inmuebles presentados como garantía (justamente una procesada por lavado de dinero y asalto) y termina disponiendo el arresto domiciliario, bajo custodia policial. Nuevamente aquí se evidencia que en ocasiones se beneficia a quien tiene recursos económicos, aparte de olvidar las deficiencias en recursos humanos que tiene la Policía, tanto que está muy lejos de asegurar la seguridad en la vía pública.

por lo tanto debe permanecer en libertad mientras no exista condena, derecho que se restringe con el objeto de asegurar la comparecencia en juicio y garantizar los fines perseguidos en el proceso penal, o que inevitablemente relaciona a la presunción de inocencia con el derecho a permanecer en libertad mientras dure el proceso, a la prisión preventiva (art. 19) y a la seguridad jurídica de la personas (Art. 9). Por más que muchos insistan en querer separarlos mecánicamente, en la práctica con enorme frecuencia se presentan estos derechos y en ocasiones generan conflictos que no pueden ser desoídos, debiendo sopesarse razonadamente las garantías individuales del procesado con las garantías de la sociedad y el derecho de los individuos que forman parte de la misma.

Redondeando, constitucionalmente resulta indiscutible que la prisión provisional es una medida excepcional, que solo puede dictarse cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio (art. 19 CN) y su límite está dado por el mínimo de la pena establecida para el delito en cuestión. La legislación penal fue aún más lejos al poner como límite dos años (art. 236 CPP), pero esto no debe conducir a una confusión, frecuente en nuestro derecho, en que mecánicamente se invoca la inocencia presunta para poner en libertad a individuos con procesos pendientes, dos o tres a veces, por violación.

MALA PRAXIS LEGISLATIVA: RETROCESOS

Otro golpe al sistema de las garantías y de la "defensa en juicio" fue instaurado en el Poder Legislativo, con la promulgación de la Ley N° 2.493/04, que modifica el artículo 245 de la Ley 1.286/98.

Esta nueva ley prohíbe otorgar medidas alternativas y sustitutivas:

«cuando el hecho sea tipificado como crimen, que lleve aparejado la vulneración de la vida o la integridad de la persona como resultado de una conducta dolosa; tampoco se podrá modificar la prisión preventiva

cuando el imputado esté incurso en los presupuestos previstos en el numeral 3, del artículo 75 del Código Penal o cuando el sindicado esté imputado en otras causas por la comisión de crímenes que llevan aparejado la vulneración de la vida o la integridad de las personas como resultado de una conducta dolosa».

A nuestro entender —esta nueva redacción del artículo 245 del Código Procesal Penal constituyó un retroceso, dicho de otra forma: es un claro avance de la contrarreforma penal que busca disminuir las garantías que otorga esta ley a las personas sospechadas de la comisión de un hecho punible. **Tiende a conservar la aplicación de la prisión preventiva como la regla y no como la excepción.** Surgió como respuesta a las críticas de mala actuación judicial en la aplicación de las medidas.

Esta ley ubica a todos los ciudadanos en la comisión de un hecho punible en una situación de desigualdad en el acceso a las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva. Esto es así porque establece una desigualdad de oportunidades de los sindicados en el proceso penal.

Pocas veces los jueces dieron cumplimiento al artículo 275 del Código Procesal Penal. Usualmente dictan sentencias absolutorias o autos interlocutorios de sobreseimientos basados en la inocencia comprobada, sin dar acceso a la indemnización por el tiempo de privación de libertad durante el procedimiento. Esto fomenta la irresponsabilidad de fiscales y jueces de garantía que otorgan privación de libertad en muchos casos, sobre todo, de sectores vulnerables, sin un nivel de constatación suficiente de los presupuestos fácticos exigidos para la prisión preventiva.

10. CUESTIONES A CONSIDERAR

Sostenemos que probablemente el problema central para una efectiva vigencia de las garantías constitucionales esté justamente en la lectura unilateral que muchos operadores jurídicos realizan de las mismas, olvidando el Estado Social de Derecho requiere una lectura integrada de todos los valores en conflicto.

En virtud del principio legal establecido en el artículo 165 del Código Procesal Penal, establece que **NO PODRÁN SER VALORADAS PARA FUNDAR UNA DECISIÓN JUDICIAL, NI UTILIZADOS COMO PRESUPUESTOS DE ELLA, LOS ACTOS CUMPLIDOS CON INOBSERVANCIA DE LAS FORMAS Y CONDICIONES PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN, EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN ESTE CÓDIGO, SALVO QUE LA NULIDAD HAYA SIDO CONVALIDADA.**

Por ello, conforme lo expresado en líneas precedentes, se debe tener en cuenta que **NO SE PODRÁ FUNDAR UNA DECISIÓN JUDICIAL ACTOS CUMPLIDOS CON INOBSERVANCIA DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL VIGENTE;** y de allí resulta importante mencionar que la jurisprudencia debe extremar recursos para impedir que las garantías procesales se conviertan en un lujo de quienes tiene dinero, en detrimento de los indigentes.

La interpretación que peligrosamente va cobrando fuerza apunta a que algunas medidas sustitutivas de prisión sea un beneficio para quienes pagan una buena defensa o tienen dinero para constituir arraigo. Esto es constitucionalmente inadmisibile y la defensa pública debe trabajar para impedir que se consolide este pensamiento conservador y discriminatorio.

De allí nuestro compromiso como Defensores Públicos en lo Penal de asumir la gran responsabilidad en que las garantías constitucionales del proceso alcance a todos los paraguayos, sin discriminación de carácter económico, político o social. Y exigiendo tenazmente que el Ministerio Público como «representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado» y el Poder Judicial como «custodio de la Constitución Nacional» respeten las garantías constitucionales consagradas a favor de todos las personas.

CAPÍTULO II: ¿EXISTEN LÍMITES DE LAS NULIDADES PROCESALES?.

1. NOCIÓN

Al encarar este trabajo, fue una de las primeras interrogantes que nos planteamos y sobre toda la <columna vertebral> del pensamiento en donde se elaboró la arquitectura jurídica para poder desarrollar el tema de las nulidades procesales.

En ese sentido, conviene precisar que para que exista *declaración de nulidad* ya sea «absoluta o relativa», deberá siempre *comprobarse* en forma conjunta los siguientes requisitos o presupuestos procesales –que conforme la doctrina mayoritaria son las siguientes, a saber:

- a) *interés;*
- b) *perjuicio;*
- c) *orden público y;*
- d) *determinar su alcance y sus límites.*

Habiendo definido y analizado el concepto de nulidades en materia penal en el primer capítulo, vamos describir seguidamente algunas consideraciones fundamentales para la declaración de nulidad, y que fueron citados precedentemente.

INTERÉS: creemos que debe entenderse la actividad procesal desarrollada por conveniencia o necesidad por alguna de las partes con el fin de impulsar el proceso y obtener algún resultado o provecho.⁵³

⁵³ En la buena doctrina se ha sostenido que **el interés es el presupuesto fundamental que determina** a los sujetos legitimados para reclamar la declaración de nulidad de un acto considerado viciado. Sin embargo, la tesis de referencia no es la única aceptada como mecanismo procesal para lograr el objetivo, por cuanto que la misma jurisprudencia, a través de fallos quietos y constantes, ha sentado el principio de que con el avance del derecho ha sido también tomado en cuenta otro elemento de gravitación para que un acto pueda ser declarado nulo, co-

PERJUICIO: no caben dudas que se circunscribe a la limitación de un derecho de las partes vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata, a las garantías que son su causa.⁵⁴

ORDEN PÚBLICO: Se relaciona con el buen orden del proceso (debido proceso) establecido legalmente con la finalidad de preservar las garantías constitucionales (derechos de la sociedad y del imputado).

En ese sentido es de particular relevancia el Acuerdo y Sentencia N°54 de fecha 05 de noviembre del 2013 dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Concepción, en los autos caratulados: “Ministerio Público c/ Daniel Areco s/ Homicidio Doloso en la localidad de Naranjaty’i —Horqueta”, resolvieron: ANULAR la S.D. N° 20 del 26 de junio del 2013 y reenviar la presente causa, para que de conformidad al art. 473 del Código Procesal Penal, se proceda a la substanciación de un nuevo juicio desde su inicio.

Los argumentos expuestos por el tribunal de alzada, para declarar la nulidad de la S.D. N° 20 del 26 de junio del 2013 dictado por el Tribunal de Sentencia, fueron las siguientes:

«En este orden, atendiendo la causal de nulidad invocada por el representante del Ministerio Público, se inicia la labor revisora por este punto. Imputa el alzado *error in procedendo* de los jueces de méritos, específicamente, por haber inobservado el plazo de suspensión previsto por el art. 373 del Código Procesal Penal, por ende, en aplicación del art. 374 y 166 del mismo cuerpo legal, solicita la nulidad.

mo lo es el perjuicio que indefectiblemente debe acreditar prima facie el nulificante, parámetro a ser sopesado en momento de decidir si un acto puede ser saneado, subsanado o en su caso invalidado, con el consiguiente resultado de que queda sin efecto, debiendo realizarse de nuevo.

⁵⁴ En otras palabras, es necesaria la demostración de un perjuicio real y concreto por la parte afectada por el vicio del acto impugnado.

A fin de cotejar el pertinente reclamo, es menester remitirse al documento idóneo, tal el acta del juicio oral y público.

Así, se desprende que el juicio oral y público se inició en fecha 05 de junio del 2013, conforme se verifica en el introito del acta que corre a fs. 126/131 de estos autos. Asimismo, esta documental permite constatar que el juicio, en esa fecha se desarrolló hasta la etapa de producción de pruebas, y habiendo las partes persistido en las testificales de algunas personas que dejaron de comparecer, el Tribunal de Sentencia resolvió: "Atento a la persistencia del Tribunal de Sentencia declara un receso hasta el día miércoles 26 de junio a las 08:00 horas, para la continuación del presente juicio oral y público".

El juicio, efectivamente, continuó el día 26 de junio del año en curso (ver acta de fs. 139/140), concluyendo ese mismo día con el dictado de la Sentencia Definitiva N° 20 de fecha 26 de junio del 2013.

La resolución del Tribunal de Sentencia, refiere "receso", sin embargo, debemos remarcar que el motivo que obligó a dicha determinación, se encuentra entre los casos taxativos de "suspensión" previstos en el art. 373 del Código Procesal Penal, concretamente, en el num. 3), que reza: "cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable".

La ley procesal penal, en efecto, prevé la posibilidad de los recesos diarios, que son aquellos breves descansos o pausas necesarias dentro de la sesión, por ejemplo para el cumplimiento de las necesidades básicas como el almuerzo. Asimismo, en los casos complejos y de magnitud del juicio, obviamente, donde no es posible su conclusión en una sesión. No obstante, se desarrolla en días continuos.

En la hipótesis final del párrafo precedente, la interrupción de la actividad jurisdiccional, al realizarse en días continuos no pasa de ser un paréntesis y no alcanza a ser suspensión, pues repetimos, es con el objeto de que las personas que participan en

él gocen del reposo físico y mental que les permita renovar energías; lo que es indispensable incluso para asegurar una intervención eficaz.

La substanciación de modo continuo no significa que el tribunal deba de terminar necesariamente el día que fuera iniciada, sino que debe abocarse a una causa penal en forma ininterrumpida y se hará la pausa cuando verdaderamente sea imprescindible —recesos—. **Dicho de otro modo, por la naturaleza del caso, la audiencia podrá durar días, pero los integrantes del tribunal no podrán abocarse a otra causa sino después de haber concluida con la sentencia definitiva.**

Sin embargo, la interrupción decretada por el Tribunal de Sentencia, bajo la denominación del “receso”, importó una verdadera suspensión del juicio. De ello, no caben dudas, atendiendo al lapso de interrupción y dado que el motivo que obligó se encuentra entre los taxativos enumerados por el art. 373 num. 3) del Código Procesal Penal.

Así, con sustento en las argumentaciones legales y de hechos expuestos precedentemente, se concluye que el procedimiento dispuesto por los jueces a-quo, constituyó un claro caso de invalidez del juicio: “inobservancia de precepto legal”—art. 373 del Código Procesal Penal. En efecto, el receso decretado consistió en una verdadera suspensión que se prolongó por más de veinte días, situación procesal inadmisibles por los principios de concentración, continuidad e inmediatez consagrados por el sistema acusatorio vigente».

DETERMINAR SUS ALCANCES Y LÍMITES: He aquí la cuestión fundamental⁵⁵, que sucedería en el caso hipotético de

⁵⁵ **Sobre la prueba:** Prohibición expresa de utilizar directa o indirectamente fuentes o medios de prueba con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Se distinguen los actos de investigación y los actos de prueba. Se dedica todo un título a los prin-

que en el transcurso del proceso al realizarse un acto cualquiera se viole una garantía⁵⁶ constitucional: como lógica consecuencia, esta omisión acarrearía su nulidad y esto es correcto. Pero, *¿qué sucede cuando la afectación a un resguardo constitucional es inocua?*. Indudablemente, la respuesta aquí debería ser negativa. No hay nulidad.

Es común, encontrar en el fuero penal, casos como estos, verbigracia, en una declaración indagatoria ante el Ministerio Público se omite hacerle saber al imputado el derecho que tiene a

cipios generales sobre la prueba. Respeto a la Constitución y tratados en materia probatoria. Principios de libertad probatoria, comunidad de la prueba. Se precisa que no son objeto de prueba: las máximas de la experiencia; las leyes naturales, la norma jurídica, lo imposible, lo notorio. Valoración de la prueba: razonamiento lógico y motivado.

⁵⁶ Si todo enunciado normativo ha de ser reconducido necesariamente a la categoría de regla o principio, hemos de estudiar qué carácter tienen las disposiciones constitucionales que recogen derechos fundamentales. Para Alexy son tres las posibilidades teóricas que se pueden plantear: que estos enunciados contengan reglas, principios, o reglas y principios. El autor alemán examina de manera minuciosa y detenida las distintas alternativas. En primer lugar estudia la posibilidad de que las disposiciones constitucionales contengan únicamente principios. Desde esta perspectiva, los preceptos iusfundamentales sólo expresarían este tipo de normas y las reglas sólo entrarían en juego en la medida en que lo determinara la colisión entre dos principios. Para Alexy, sin embargo, esta tesis no respeta el texto constitucional escrito, y es que no tiene en cuenta las cláusulas restrictivas de derechos que contiene la Constitución, y que tienen indudablemente carácter de regla. El modelo puro de principios *"al no tomar en serio estas regulaciones, viola el texto constitucional. Sustituye vinculación por ponderación, y de esta manera deja de lado el carácter de la Ley Fundamental como una Constitución 'rígida' que aspira a la 'claridad y univocidad normativas'"*. En segundo lugar, va a estudiar el modelo puro de reglas, que propone interpretar todas las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales como reglas, renunciando a la posibilidad de aplicar el canon de la colisión de principios y reduciendo la interpretación de las disposiciones iusfundamentales a la aplicación de reglas. Para Alexy esta es una hipótesis sugerente al crear mayor seguridad en la interpretación de los derechos fundamentales. El autor diferencia entre tres tipos de disposiciones constitucionales: las que recogen derechos fundamentales sin reserva alguna, las que contienen una reserva simple y las que establecen una reserva cualificada. En estos tres casos falla este modelo puro de reglas por lo que tampoco puede tener virtualidad. En tercer lugar, se refiere a la combinación de ambos tipos normativos en las disposiciones iusfundamentales, modelo que resulta ser el defendido por el autor. Para Alexy al nivel principal *"pertenecen todos los principios relevantes para las decisiones iusfundamentales bajo la Ley Fundamental"*. Aquí estarían no sólo los que contienen derechos individuales sino también los que declaran derechos colectivos, o las cláusulas restrictivas de derechos⁵⁶. Pero no sólo tiene en cuenta una adscripción formal a una disposición, sino que exige además una relevancia material *"que hay que demostrar en la argumentación de derecho fundamental"*.

negarse a declarar sin que ello implique una presunción alguna en su contra, y, aun así, el proceso no se presta a la requisitoria establecida en el Art. 17 de la Carta Magna en concordancia con el artículo 84 y siguientes del Código Procesal Penal.

Aquí notamos que la *omisión* del Agente Fiscal interviniente vulneró una garantía constitucional, aunque solo formalmente, una disposición legal que instrumenta una garantía constitucional; aquí, el agravio constitucional existe pero no tiene ningún efecto ni en la causa ni el acto propiamente dicho.⁵⁷

Y así lo ha sostenido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos, que se transcribe a los efectos de que puedan analizarlo.

«...como argumento central, y único, de la adhesión realizada por el Ministerio Público, se destaca que la Cámara de Apelación anuló el fallo anterior por incumplimiento de normas procesales básicas, y dice el recurrente que es erróneo lo decidido por el Tribunal de Alzada que dispuso anular la sentencia definitiva por no haberse cumplido, supuestamente, lo contemplado en el artículo 350 del Código Procesal Penal.

Análisis de la procedencia del recurso. Se debe analizar la naturaleza del recurso de casación. Este recurso es extraordinario, y por medio del mismo la Corte Suprema de Justicia debe corregir la aplicación del Derecho en un proceso judicial, vigilando para que dentro del mismo se observen y se apliquen correctamente los preceptos legales; la Corte Suprema de Justicia puede hacer esto sin salir de los marcos previstos por el art. 478 del CPP. Así, el motivo aceptado como estudio de casación en el presente juicio es la sentencia manifiestamente infundada.

Poseemos un solo agravio esgrimido por el hoy adherido. En cuanto al mismo, señala el adherente que es falso lo que indi-

⁵⁷ Sería improductivo, declarar la nulidad en este caso, pues consistiría la declaración en hacerlo en interés de la ley, ya que no produce efecto alguno en la causa.

ca la Cámara de Apelación, en el sentido de que se le ha dado al acusado la oportunidad suficiente de defenderse materialmente y que encima el citado utilizó dicha oportunidad, brindando una declaración en defensa de su situación.

La Cámara de Apelación sostuvo, resumidamente al respecto en voto mayoritario, que no se le dio al imputado la oportunidad para declarar, que el citado no ha declarado antes de la acusación y que por ello la acusación es nula, cayendo por tanto el proceso. Agrega el camarista que se adhiere a este voto que existe una declaración indagatoria del acusado, pero la misma es antes de la notificación del acta de imputación, por lo cual la misma no sirve ya que solamente después de dicha notificación el acusado sabría que se le imputa, y solo así podría defenderse materialmente de la imputación, cosa imposible antes de ello.

Es conveniente confeccionar un detalle referente al único punto agravado en el presente juicio. De esta manera, a primeras fojas de autos, están elementos que hacen a la investigación, como ser la comunicación del inicio de la investigación, parte policial, testificales, diagnósticos médicos, entre otros. A fs. 14 de autos obra la declaración indagatoria de Juan Quiñonez, tomada en fecha 18 de febrero del 2010, a fs. 17 obra la imputación en contra del mismo, realizada en la misma fecha pocas horas luego de dicha declaración indagatoria, quedando notificado el acusado en fecha 19 de febrero del mismo año, por cédula obrante a fs. 23 de autos.

El problema que se eleva ante esta Corte Suprema a efectos de estudio, radica en el punto de saber si la declaración indagatoria que obra en autos, realizada antes de la notificación del acta de imputación, sirve a los efectos del cumplimiento del artículo 350 del CPP, y para esto debemos ver si se ha cumplido con lo dispuesto en los artículos 86 y 350 del CPP.

Comenzado a separar las premisas de este problema, se verifica en primer lugar la existencia de una declaración indagato-

ria, que debe observarse a la luz del artículo 86 del CPP. Este exige que el funcionario que tome la audiencia indagatoria debe aclarar detalladamente al encausado el hecho punible que se le atribuye, por funcionario se debe entender en forma global inclusive a los magistrados, dependiendo de en qué oportunidad procesal se desarrolla el acto, y por hecho punible basta referirse al art. 14 del CP que aclara su significado, consistiendo en “un hecho antijurídico que sea reprochable y reúna, en su caso, los demás presupuestos de la punibilidad”. En este caso, se observa en la declaración indagatoria que el funcionario actuante, en este caso del Ministerio Público, ha informado sucintamente al encausado el hecho fáctico que se le atribuía, calificados como omisión de auxilio y lesión en accidente de tránsito.

Así podemos ver que el artículo 86 del CPP se ha cumplido a cabalidad, el Ministerio Público le comunica al encausado el hecho atribuídole, le exhibe la carpeta fiscal con todas las actuaciones realizadas y con ello presenta también el resumen de evidencias reunidas hasta el momento; la comunicación del hecho en forma “detallada” como indica la Ley, se debe interpretar conjuntamente con el art. 302 del CPP, que indica que el acta de imputación debe contar con un detalle sucinto de los hechos, y esto es así y también aplicable al artículo 86 del CPP, en virtud que en los albores de la investigación, el agente fiscal no puede conocer en “detalle” todos los hechos con sus pormenores, agravantes y atenuantes, que harán al tipo punible que finalmente elija para acusar, por ello es que la Ley para el acta de acusación cambia este requisito y no quiere más que la relación de hechos sea “sucinta”, sino que ordenará que sea detallada y pormenorizada, ya que al momento de la acusación el agente fiscal ya debe tener en su posesión todas las aristas que hacen al hecho fáctico.

Vemos también que el acta de declaración indagatoria cuenta con la asistencia y firma del abogado defensor, requisito ineludible, y también se halla la comunicación de todos los derechos que asisten al acusado en este acto.

Luego de esto observamos el artículo 350 del CPP, que estipula en su parte pertinente: “En ningún caso el Ministerio Público podrá formular acusación, si antes no se dio oportunidad suficiente para la declaración indagatoria del imputado, en la forma prevista por este código”. Vemos así que la norma exige que antes de ser formulada la acusación, el agente fiscal debe dar “oportunidad suficiente” para declarar al imputado en la forma prevista, que es la forma dada en el artículo 86 del CPP.

Por «oportunidad suficiente» ya he entendido como tal, en el caso caratulado: “Patricia Elizabeth Torres y otros s/ Producción de Documentos No Auténticos” que la oportunidad suficiente que refiere la ley en esta norma se configura cuando: “...el funcionario, entiéndase, como tal el agente fiscal o el magistrado judicial, efectuó el acto procesal de señalar audiencia, notificar conveniente y personalmente al procesado de una declaración indagatoria, ya se cumplió el requisito legal, aunque solo sea efectuado esto una sola vez. Solo debe dar la oportunidad para hacerlo, aunque solo sea una vez, no es indispensable que el encausado use de ese derecho...”.

De esta manera, no se entiende el razonamiento de los camaristas votantes sobre que dicha norma no se ha cumplido en este juicio, por ser tomada la declaración antes de la notificación del acta de indagación. La norma procesal estudiada solo pide que antes de la acusación se le dé al acusado una oportunidad, no indica que deba ser “después de la imputación”. Esta interpretación de la norma no puede ser aceptada sencillamente porque dicha interpretación no se trasluce o emerge de la redacción del texto.

La observación de los camaristas que indican que no se puede defender efectivamente el acusado sin tener notificación de qué se le acusa, cae por su propio peso, ya que en el acta de declaración se le notifica al declarante de los hechos fácticos como así también de las posibles calificaciones, se le entrega las evi-

dencias existentes y se cumple demás derechos, por lo que el principio de la defensa no se halla conculcado...»⁵⁸

Sin embargo, la postura de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ha sostenido en voto de mayoría —de que si el *imputado* ha comparecido a prestar declaración indagatorio, pero no estuvo asistido por un Abogado, y se formuló acusación, por imperio del artículo 350 del CPP, corresponde declarar la nulidad y en consecuencia el sobreseimiento de los procesados.

En el fallo “*Aurelio Núñez Velázquez y Clemente Núñez Velázquez s/ Homicidio Doloso*”, Acuerdo y Sentencia N° 16 de fecha 01 de febrero del 2012, sostuvieron cuanto sigue:

«...**Voto de la Ministra Pucheta de Correa:** En dicho juicio las cuestiones a ser estudiadas están bien definidas, ya que los agravios de la defensa son por cuestiones procesales. Las mismas se refieren a 1) violación e incumplimiento del artículo 350 del CPP; 2) violación de la Ley del Ministerio Público, ya que la acusación fue firmada por otro agente fiscal y; 3) mala admisión de los recursos especiales interpuestos por la acusación en contra de los recursos especiales interpuestos por la acusación en contra de la sentencia de primera instancia, por ser extemporáneos...

Todas estas actas de declaración indagatoria, estudiadas a la luz del artículo 86 del CPP, no pueden ser admitidas a los efectos de dar por cumplido el artículo 350 del mismo cuerpo legal, y esto es así porque en ellas los imputados no fueron asistidos por abogado defensor, quedando ello plasmado en actas y no firmando en las mismas nadie más que el agente fiscal.

Una declaración indagatoria prestada en estas condiciones no reúne validez alguna, y tampoco produce efecto alguno, por

⁵⁸ Ver. “Juan Manuel Quiñonez Silvestre s/ Omisión de auxilio y obstrucción al resarcimiento por daño en accidente de tránsito”. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Acuerdo y Sentencia N° 1253 de fecha 14 de octubre del 2013. En igual sentido se pronunciaron en la causa penal “Herminio Samudio y otros s/ Secuestro y Asociación Criminal”, también del año 2013.

ello no puede ser considerado como razón suficiente para considerar que se dio oportunidad suficiente a los encausados para su defensa material.

Así, es posible ver que el art. 350 del CPP no se haya cumplido. El mismo obliga al fiscal de la causa a dar oportunidad suficiente al encausado para defenderse materialmente de una imputación, antes de ser presentada la acusación.

Ello no se ha cumplido, puesto que las únicas declaraciones son inválidas y además, no se halla constancia alguna en el expediente, antes de la fecha de acusación, que se haya otorgado nueva oportunidad a los imputados, fuera de las tres citadas. Se suma a lo dicho precedentemente que en el caso específico de autos el abogado defensor tampoco ha acompañado a sus defendidos en la audiencia regulada en el art. 242 del CPP, consecuentemente queda comprobado claramente el estado de indefensión de los procesados Aurelio Núñez y Clemente Núñez en las actuaciones antedichas.

La frase legal “oportunidad suficiente” indica que debe darse al reo una posibilidad de prestar declaración indagatoria, bastando solo una de ellas; no es necesario que se le esté requiriendo varias veces su declaración, sino solo una, pero esta única oportunidad suficiente debe ser válida legalmente hablando, no puede estar viciada de ningún tipo de nulidad, y mucho menos si es que la oportunidad suficiente se concrete en la presentación física del imputado para declarar, transformándose ya dicha oportunidad en la declaración indagatoria, acto procesal revestido otra vez de mayores formalidades legales.

Al no hallarse otro acto que supla al defectuoso de las declaraciones indagatorias, se constata que no se cumplió el artículo 350 del CPP, siendo así imposible que se haya presentado una acusación fiscal...»

Por su parte el Ministro Sindulfo Blanco, en su voto ampliado, *expreso*:

«...se ha señalado que la declaración indagatoria consiste en el acto por el cual el imputado voluntariamente depone sobre las circunstancias que lo favorecen, niega la pretensión represiva hecha valer contra él, o reconoce una de menor entidad o, finalmente, brinda la información que estima conveniente. Se trata de un acto esencial y voluntario, como también resulta voluntaria su abstención, constituye un acto de defensa material, no de investigación y por ello, el imputado debe tener la más amplia libertad de manifestar cuanto estime conveniente a sus derechos. Su realización, debe seguir las disposiciones procesales que la regulan, previstas en el art. 84 y ss del CPP, en cumplimiento del art. 17, 7, de la CN.

Resulta evidente que la disposición contenida en el artículo 350 del CPP, no es más que la reglamentación del artículo 17, num. 7) de la CN, que consagra como un derecho de la defensa y del debido proceso "...la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación".

(...) de lo analizado hasta aquí, se puede advertir que el legislador ha revestido el acto de declaración indagatoria una importancia fundamental en torno al pleno ejercicio del derecho a la defensa, desde el momento que sin haberse satisfecho o al menos otorgado dicha oportunidad al imputado para ejercer su defensa material y comunicarle el o los hechos que se le imputan, manifestándole los elementos de cargo que existen en su contra, el órgano persecutor, no podrá válidamente formular su acusación, sin afectar el derecho a la defensa...»

Sin embargo, dicha tesis no fue compartida por el Ministro Luis María Benítez Riera, quien al expresar su *disidencia*, mencionó los siguientes argumentos:

«...ya entrando al estudio de la cuestión propiamente dicha, quiero señalar, que el recurrente en su oportunidad, alego a

favor de su pretensión, fundado en los arts. 165, 166 y concordantes con el artículo 350 del CPP y por incumplimiento de los mismos, señalando sobre el particular, que sus representados nunca han tenido oportunidad suficiente para declarar en indagatoria el Fiscal ha llevado adelante la causa presentando acusación en contra de sus defendidos.

Ahora bien, resta definir, si la nulidad requerida procede y para tal efecto la interpretación y aplicación correctamente de la Ley en ese sentido.

Debemos admitir que es obligación —por imperio de la Ley— que ya sea el Ministerio Público o el Juez —cite al indiciado, a fin de que brinde su versión sobre el hecho que se le atribuye, empero, este puede o no hacer uso de ese derecho, de acuerdo a la estrategia procesal que tenga previsto su representante para ejercer su defensa en el juicio.

(...) No obstante la circunstancia apuntado por la defensa al sostener la nulidad de todo el proceso, lo cierto y concreto es que desde un inicio se le hizo saber la causa de su detención a los acusados, de los derechos que le asisten, entre los que se encuentran el de designar un abogado de su preferencia, o si prefiere, se le asignaba un representante de la Defensa Pública; se ha puesto a su disposición la carpeta fiscal, así como el derecho que tiene de declarar o abstenerse optando por esta última alternativa.

Posteriormente el fiscal imputo a Aurelio Núñez y Clemente Núñez por el hecho punible de homicidio doloso y una vez aprehendidos los mismos fueron llamados inmediatamente a comparecer ante el Juez, haciéndole saber una vez más la causa de su detención y procesamiento; que le asiste el derecho de nombrar un abogado defensor; etc., dándole por notificado y nombrado en ese acto a los profesionales mencionados anteriormente.

En estas circunstancias es imposible negar, que se le ha dado la “oportunidad suficiente” a los imputados para que presten

declaración indagatoria, al haberlos citado en varias oportunidades y hacerle saber, en dicha ocasión, el motivo de su procesamiento.

(...) Haciendo una interpretación de la norma, debemos admitir que cuando el legislador ha incorporado la frase "...En todos los casos...", se ha referido a los momentos previstos en la disposición citada en que los imputados deben declarar -vg. ante el Fiscal; en la audiencia preliminar y en el juicio—, en cuanto a la última parte del artículo, que exige la presencia del abogado defensor y condiciona la validez de la declaración del imputado—"...En todos los casos, la declaración del imputado sólo tendrá validez si la hace en presencia de un abogado defensor...", esta se refiere a cuanto el mismo ha decidido hacer uso de su derecho de declarar—"...en todos los casos la declaración del imputado..." exigencia que tiene su excepción cuando, por el contrario, ha hecho uso del derecho que tiene de abstenerse.

(...) En el caso puesto a nuestra consideración, habiendo sido citados los imputados para prestar declaración indagatoria ante el Ministerio Público, se han abstenido, no haciendo uso de su derecho, y como lo dijimos anteriormente no han producido efecto alguno de nulidad el hecho de la no presencia de su representante convencional, pues los mismos no hicieron uso de su derecho de declarar.

Debemos concluir, en consecuencia, que el Ministerio Público ha formulado la acusación dándole antes a los imputados, "la oportunidad suficiente", para prestar declaración, por tanto, la afirmación de que ha existido indefensión de los mismos en el proceso, constituye una interpretación equivocada de los hechos...»⁵⁹

Siguiendo el análisis —sobre la misión nuestra— de determinar los límites de las nulidades procesales, la siguiente juris-

⁵⁹ Publicado en la Ley Online. PY/JUR/14/2012

prudencia es muy ilustrativa –y servirá para que el lector, analice la jurisprudencia en ese sentido.

...el CPP en su art. 165, expresa: “Principio. No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho internacional vigente y en este código, salvo que la nulidad haya sido convalidada”. Cabe recordar que la nulidad constituye una institución procesal que solo debe ser aplicable, a pesar de que supone siempre un retroceso en la actividad procesal cumplida, cuando de esta última surge un perjuicio concreto para alguna de las partes imposible de subsanarse de otro modo.

Alberto M. Binder sostiene que “...la nulidad por la nulidad misma se funda en una verdadera ideología del ritualismo...Ella (la nulidad) no es únicamente una defensa hueca de las formas, sino la utilización de esas formas para el cumplimiento de otras finalidades...”. (El incumplimiento de las formas procesales. Editorial AD. HOC. S.R.L. Año 2000).

Al respecto, es viable transcribir lo expresado en el art. 84 del CPP, que en sus partes pertinente expresa: ... “Libertad de declarar, oportunidades y autoridad competente. El imputado tendrá derecho a declarar y la abstenerse de declarar, como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio en el procedimiento. Durante la investigación, el imputado declarará ante el fiscal encargado de ella...”. En ese orden de ideas, cabe señalar que el artículo supramencionado es claro al expresar, que la declaración del imputado debe entenderse como aquella que versa sobre los hechos que se le imputan al indiciado y la versión que el mismo otorgue de ellos. En el caso particular notamos que, los imputados ejercieron sus derechos a la defensa. En dichas oportunidades se les había informado y explicado los hechos fácticos y los hechos punibles por los cuales eran investigados. Que, no

obstante, es viable destacar que ambos procesados estuvieron asistidos por sus respectivos abogados defensores, dando cumplimiento de ese modo a lo que dispone el artículo 84 del CPP, última parte: "...En todos los casos, la declaración del imputado solo tendrá validez si la hace en presencia de un abogado defensor, salvo en los casos en que el imputado sea abogado...".

Que, por su parte el artículo 122 última parte, del CPP, dice: "...Las actas que labre el Ministerio Público, llevarán la firma del funcionario que practique el acto...", en ocasión de la declaración del imputado José Antonio Riveros Gimenez, a fs. 39/43 de la Carpeta Fiscal, vemos que se dio cumplimiento al citado artículo, con la firma de la Asistente Fiscal y de sus abogados defensores M.D.C. y V.G.C. estampadas en las actas de declaración indagatoria cuestionadas. En cuanto a la inasistencia del Agente Fiscal interviniente, en la audiencia indagatoria del encausado José Antonio Riveros Giménez, nos remitidos a lo que dispone el art. 60 de la Ley 1562 Orgánica del Ministerio Público. "...Asistentes Fiscales. Los asistentes fiscales podrán llevar a cabo actos propios de la investigación de los hechos punibles, siempre bajo la supervisión y responsabilidad del superior jerárquico a quien asisten. No podían intervenir autónomamente en el juicio ni en la audiencia preliminar cuando el Ministerio Público haya acusado...". En el caso de autos, la audiencia fue llevada a cabo bajo la supervisión y responsabilidad del superior jerárquico, es decir del Agente Fiscal Arnaldo Guizzio, no violentándose así el art. 60 de la mencionada ley, por lo que mal podría hablarse de violación de derechos y garantías. Por todo lo expuesto, podemos concluir que también se dio cumplimiento a lo dispuesto por el art. 350 del CPP, que en su parte pertinente expresa: "...oportunidad suficiente para la declaración indagatoria...", igualmente es acertado resaltar que si la defensa hubiese considerado irregular el acto, contaba con los mecanismos necesarios para sanear dicha nulidad, conforme lo expresa el artículo 168,

inc. 1° del CPP. Los imputados estuvieron en todo momento acompañados de sus abogados defensores, quienes no objetaron la supuesta irregularidad. **La invalidación procesal tiene sus límites en las metas que ella persigue, ya que 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 procesal. De aquí que no corresponde hablar de invalidación de un acto procesal defectuoso mediante la declaración de nulidad...**⁶⁰

Por último, nos parece de vital importancia el comentario realizado por el Prof. Doctor Alfredo Enrique Kronawetter Zarza, Coordinador General de la «COMISIÓN NACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LA REFORMA DEL SISTEMA PENAL Y PENITENCIARIO», creada en virtud de la Ley 5140/13, quien en una [nota la fallo] de una resolución de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.⁶¹

Primeramente a los efectos de poner a conocimiento de los lectores, explicaremos los hechos y el sumario del fallo cuestionado por el Dr. Kronawetter Zarza, para su cabal comprensión.

En la causa “Anastasio Romero s/ Daño intencional”, la defensa técnica interpone recurso de revisión contra las resoluciones dictadas en primera y segunda instancia, así como por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, fundado en la que la causa fue iniciada y tramitada bajo el código penal anterior, el cual sólo debía ser utilizado hasta el 28 de febrero del 2003, produciéndose a partir de esa fecha la aplicación del nuevo código penal y la extinción de las causas anteriores a él.

⁶⁰ “Cesar Servían Moreno y otro s/ Extorsión Agravado. Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Tercera Sala. A.I. N° 222 de fecha 27 de setiembre del 2011.

⁶¹ Publicado en la Revista Jurídica Ley Paraguaya S.A., en Suplemento especial sobre Derecho Penal y Procesal Penal, en junio del 2007, pág. 86.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve no hacer lugar al recurso interpuesto por Acuerdo y Sentencia N° 1738 de fecha 29 de diciembre del 2006, fundando su resolución en los siguientes razonamientos:

«...Centrándose entonces en el núcleo del planteamiento, se trata de dilucidar si es que existe una ley posterior más benigna que beneficie al condenado.

Viendo este tópico, el recurso debe ser rechazado, ya que el recurrente no tiene razón en sus fundamentos. Se ha planteado una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 5 de la Ley N° 1444/99, base de la argumentación del revisionista, que fuera resuelta por la Corte Suprema de Justicia con el Acuerdo y Sentencia N° 979 de fecha 18 de noviembre de 2002, y fue planteada una aclaratoria ante dicha sentencia, que produce el Acuerdo y Sentencia N° 101 de fecha 27 de febrero del 2003. En este fallo se puede leer textualmente cuanto sigue: “En otras palabras, todas y cada una de las causas iniciadas conforme al CPP de 1890 a dicha fecha, deben seguir tramitándose de acuerdo con las disposiciones de éste, hasta su conclusión.

Con esta resolución de la Corte, se responde al argumento del revisionista, y por ende el juicio de hoy que nos ocupa debe ser rechazado, puesto que el mismo debe ser tramitado enteramente con el CPP de 1890, más Ley de Transición, tal como fue realizado; no puede hablarse de una ley posterior puesto que ambas son paralelas y actúan conjuntamente en esta causa y por ende el requisito legal para configurar la causal del art. 481 no se halla cumplida. Para seguir ahondando en el razonamiento, el revisionista se equivoca al expresar que hallándose derogada la Ley de Transición N° 1444/99, cabía por ende la inmediata aplicación de la ley procesal N° 1286/98, puesto que como se expresó más arriba, la misma por los fallos citados seguían produciendo

efectos para esta y otras muchas causas...»⁶²

Contra este fallo, el Profesor Kronawetter Zarza, en la publicación de referencia, expresó entre otras cosas que:⁶³

«...La Sala Penal declara improcedente un recurso extraordinario de revisión, alegando que si un proceso penal tramitado según las normas del CPP de 1890, cuya vigencia — a su vez —, se ciñera a los términos de una Ley especial — la N° 1444/99 de transición al nuevo sistema penal —, se ajustó plenamente al principio de legalidad, para lo cual se remite a dos resoluciones emitidas por la anterior Corte Suprema de Justicia en pleno que declarar inconstitucional e inaplicable el art. 5 de la Ley N° 1444/99.

Del art. 5 de la Ley N° 1444/99, declarado inconstitucional en una causa penal concreta y extendida por «aclaratoria» a las causas que presenten idéntico temperamento, se extrae que la inconstitucionalidad atañe única y exclusivamente al plazo de conclusión de los procesos iniciados según las normas del CPP de 1890. Sin embargo, se mantuvo incólume el conjunto de normas — 18 artículos — de la susodicha legislación especial.

Esto significa que el art. 1 de la Ley N° 1444/99 que reza: «El período de transición del sistema penal entre el Código de Procedimientos Penales de 1890, y la Ley N° 1286/98 «Código Procesal Penal» es el comprendido entre el día 9 de julio de 1999 y el día 28 de febrero de 2003. en este período las causas iniciadas conforme al Código de Procedimientos Penales de 1890, serán concluidas por las formas procesales de dicho Código y por las normas establecidas en esta Ley», mantiene su vigencia plena, y, con ello, se ratifica la naturaleza de la Ley N° 1444/99 que es una Ley especial y temporal.

⁶² Ministra Preopinante Dra. Pucheta de Correa, se adhirió los Ministros Sindulfo Blanco y Wildo Rienzi, por sus mismos fundamentos.

⁶³ Se transcribe íntegramente dicho comentario por considerarlo de suma importancia, y por su consistencia y razonabilidad en sus argumentos, a nuestro entender, irrefutables.

En consecuencia, la vigencia temporal de la Ley N° 1444/99 tiene su diez ad quem el 28 de febrero de 2003; **lo que se quiere resaltar es que a partir del 1 de marzo de 2003 la susodicha legislación perdió eficacia y, por ende, en materia penal, no se permite la aplicación ultra activa de leyes, ya que de lo contrario, se estaría ingresando por un segmento expresamente vedado por la CN en sus arts. 14 (prohibición de retroactividad de las leyes) y 17.4 (prohibición de la reapertura de procesos fenecidos).**

Los procesos penales iniciados conforme al CPP de 1890 fenecieron de puro derecho por lo dispuesto en el art. 1 de la Ley N° 1444/99, y siendo esta disposición una Ley posterior a la anterior — el CPP de 1890 —, a la luz de la situación jurídica expuesta, no existe un procedimiento penal expresamente consagrado para los casos contemplados entre el 1 de marzo de 2003 hasta el presente. En realidad, lo que se destaca de los argumentos del fallo en análisis, es que se aplica el CPP de 1890 por interpretación pretoriana, incluso desnaturalizándose la misma consistencia de la acción de inconstitucionalidad — recuérdese que la base interpretativa se sustenta en un acuerdo y sentencia recaído en «una» causa por vía de una acción de inconstitucionalidad —, cuyo efecto sólo puede afectar al caso particular y concreto que atañe.

Entonces, si a esto añadimos que la causa concreta por la cual fueran destituidos los Ministros de la anterior Corte Suprema de Justicia, se ciñó, en esencia, a la violación del art. 3 de la CN, cuando se arrogaron facultades legislativas prohibidas al órgano jurisdiccional. Es de recordar que la actual Sala Penal sigue insistiendo en una cuestión ya decidida y repudiada por los conductos pertinentes (juicio político), por lo que, denota una reiteración peligrosa para los justiciables....»

No es nuestra intención hacer aquí un largo desarrollo de las *modalidades y formas* de regular las nulidades procesales penales en el Código Procesal Penal.

Pero como habrán advertido el lector — establecer los lími-

tes de las nulidades procesales a la luz de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso, han tenido una recepción dispar en la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia, de los Juzgados y Tribunales de la República.

2. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS NULIDADES⁶⁴ son:

1. Especificidad: que hace que las nulidades sean:

⁶⁴ Los principios que rigen en la actividad procesal defectuosa (nulidades) son los siguientes: a) **principio de legalidad o especificidad**. Este principio implica que no es factible declarar la invalidez o nulidad de un acto procesal sin que expresamente exista un texto legal que así lo ordene. Nuestra legislación positiva, a través de su Art. 165 del Código Procesal Penal, expresa: “No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este Código, salvo que la nulidad haya sido convalidada...”; b) **principio de transparencia**. Sabido es que no existe la nulidad por la nulidad misma, es decir sin un posible perjuicio que su consecuencia pudo haber acarreado a las partes; de ahí que el vicio solo tiene trascendencia en tanto tenga un contenido. De acuerdo a esto, no basta la simple violación de la norma procesal si no se ocasiona un perjuicio o gravamen a la parte que lo invoca, o en su caso que el vicio puede ser saneado. Así lo expresa el Art. 165 2da. Parte: “...Las partes solo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causan agravio, fundadas en el defecto, en los casos y formas previstas por este código, siempre que no haya contribuido a provocar la nulidad. Sin embargo, el imputado podrá impugnar una decisión judicial aunque haya contribuido a provocarla”. Se puede advertir en la última parte del artículo citado un beneficio establecido solo a favor del imputado, en el que éste puede pedir la nulidad de un acto aún en el supuesto de haberlo provocado o contribuido para ello, debiendo procederse de igual modo cuando la nulidad consiste en la omisión de un acto que la ley prevé; c) **principio de instrumentabilidad o finalidad**. Este principio opera como límite al saneamiento, pues no se debe sanear un acto procesal defectuoso que no modifique el desarrollo del proceso, no perjudique la intervención de los interesados, puesto que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas. Por ello la invalidez del acto no debe declararse a menos que vaya a producir una ventaja para alguna de las partes. A contrario sensu, cuando el acto aunque sea defectuoso y haya cumplido el fin propuesto, no debe anularse o invalidarse. Esto es lo que surge de la interpretación dada al Art. 169 del C.P.P. “Las nulidades relativas quedarán convalidadas: (...inc. 3) si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados; c) **principio de convalidación**. Este principio significa que todo acto procesal defectuoso o sea aquel que adolece de un vicio es susceptible de saneamiento, pero no todo acto defectuoso puede ser convalidado, sólo las nulidades relativas pueden ser objeto de saneamiento de acuerdo al principio enunciado. Es así que transcurrida una etapa procesal no se puede volver al anterior cuando todas las etapas procesales se han cerrado (sentencia definitiva, cosa juzgada material, por haberse operado la preclusión que impide toda posibilidad de impugnar los actos jurídicos defectuosos (nulidades relativas). Con esto lo que se pretende es que las partes por mera negligencia no retrasen inútilmente los procesos mediante presentaciones hechas al órgano jurisdiccional sin ninguna importancia o carente de utilidad alguna a los efectos del impulso procesal.

- a) Explícitas, cuando la ley las prevé expresamente.
 - b) Implícitas, cuando los actos carecen de los requisitos imprescindibles para obtener su finalidad, salvo que se hubiera corregido.
2. Convalidación: lo que se da, salvo en las nulidades absolutas y tiende:
 - a) El saneamiento de los actos.
 - b) La compurgación del vicio.
 3. Expresa, mediante la ratificación.
 4. Tácita, por el vencimiento del plazo para recurrir.
 5. Trascendencia, que como carga específica lleva la obligación de alegar y demostrar el perjuicio, que debe ser:
 - a) Cierto, es decir concreto.
 - b) Irreparable, o de entidad y sin otra forma de subsanación.
 6. Protección, que excluye la sanción cuando el acto emanó del nulidicente. Este no puede tener opción de aceptarlo ni rechazarlo, porque ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber que lo invalida.
 7. Conservación, de un principio finalista que conduce al saneamiento del acto, si la misma ha logrado su fin.⁶⁵

Digamos que en esencia — y en resumen sobre esta base deben analizar los *principios de las nulidades procesales* en nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien es cierto, en las jurisprudencias expuestas precedentemente, no fueron muy claras y específicas al analizar las nulidades planteadas, sin embargo, se deducen que en algunos casos rigieron los principios de la convalidación.

⁶⁵ Denominado también este último principio de UTILIDAD O INSTRUMENTALIDAD, el cual significa que mientras el acto haya cumplido con su finalidad dentro del proceso y resulta útil para llegar a la verdad, debe ser recuperado de alguna manera.

Sin embargo, este criterio, no ocurre únicamente en nuestro País, un ejemplo de ello, surge de un fallo de los Tribunales Argentinos, y a los efectos ilustrativos, se detallan a continuación:

«III. Respecto al planteo de nulidad interpuesto por la defensa técnica de Alan Leiva, Carlos Leiva y Andrés Javier Álvarez: Tal como fuera indicado en el acápite II de este decisorio, el Dr. Raidán solicitó se declare la nulidad de las intervenciones telefónicas así como de la determinación de los posicionamientos de antenas radiales y radios Nextel que produjeron modulaciones, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 236 del Código Procesal Penal, en tanto consideró que esas diligencias no habían sido susceptibles de un control jurisdiccional. A su vez, el letrado impetró la nulidad de la información requerida a Nextel, así como los actos subsiguientes dependientes de aquella...».

Resolviendo finalmente que:

«Fue en este contexto en el que el *a quo* tomó contacto por primera vez con el expediente y, luego de analizar las diligencias que hasta ese momento se habían llevado a cabo, desarrolló los fundamentos por los cuales consideró que ellas debían ser convalidadas pues, precisamente, la urgencia del caso había exigido una intervención inmediata del Ministerio Fiscal, para lo cual se encontraba legalmente facultado.

En consecuencia, no se advierte en el caso la afectación de garantías constitucionales que conduzca a adoptar el temperamento pretendido por el Dr. Raidán, pues si bien las interceptaciones cuestionadas por el letrado constituyen una manifestación concreta de la *coertio estatal*, de carácter real, que como tal exigen extrema cautela para su disposición por los valores constitucionales que se encuentran en juego, lo cierto es que en el caso debió prevalecer la necesidad de una actuación inmediata a fin de despejar las circunstancias que caracterizaron a un suceso de suma gravedad como el presente, por sobre la **afectación al derecho a la privacidad e intimidad** de los ciudadanos en sus comunicaciones.

Finalmente, cabe recordar que en materia de nulidades imperas los principios de conservación y trascendencia en virtud de los cuales el procedimiento penal tiende a preservarse y no a derribarse por cuestiones de forma de las que no surja una real afectación a las reglas del debido proceso legal en perjuicio directo de quien pretende tan extrema sanción...»⁶⁶

3. PRUEBAS DE LAS NULIDADES.⁶⁷

Creemos que la existencia de una causal de nulidad y el consiguiente perjuicio deben ser demostrados de conformidad a lo que dispone el artículo 173⁶⁸ del Código Procesal Penal. Queda por determinar la *forma* en que se prueba y a quién le corresponde acreditar la existencia del vicio.⁶⁹

La prueba⁷⁰ debe ser demostrada y requerida en dos situaciones: 1) *en el vicio*; 2) y en el *perjuicio*.

⁶⁶ Causa Penal N° 46.205 “Leiva, Carlos Néstor; Álvarez, Andrés Javier; Leiva, Alán Néstor; Ksiazek, Cristian Marcelo y Flores, Silvio Gabriel s/ procesamiento y prisión preventiva”. Tribunal Penal de Buenos Aires. Registro N° 1184 de fecha 18 de octubre del 2011 (integrado por Eduardo Freiler-Jorge Ballester y Eduardo Farah)

⁶⁷ La prueba es la única vía que con plena seguridad y confiabilidad puede llevarnos al conocimiento de la verdad real, siendo a la vez la garantía por excelencia contra los abusos y arbitrariedades judiciales. Su indispensabilidad es incuestionable en el proceso penal, atento a que constituye el medio hábil y pertinente para llegar al reconocimiento de aquellos hechos que se encuentran identificados por una norma legal sustantiva.

⁶⁸ Art. 173. Libertad probatoria. Los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del procedimiento podrán ser admitidos por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes. Un medio de prueba será admitido si se refiere, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y es útil para el descubrimiento de la verdad. El juez o tribunal limitará los medios de prueba ofrecidos cuando ellos resultan manifiestamente excesivos”.

⁶⁹ Se ha dicho contra esta postura que tal exigencia provoca incertidumbre, discrepancias de opinión, fáciles desigualdades de trato, sospechas de parcialidad, amen de no resultar fácil determinar si un vicio de forma ha influido o no sobre el mérito de la persecución legal.

⁷⁰ El juez o tribunal tiene la libertad de admitir toda aquella prueba que estime conveniente y de utilidad para llegar al conocimiento de la verdad (se tiene como base que todo se puede probar y por el medio que sea, toda vez que no avasalle principios constitucionales y procesales vigentes), debiendo apreciarla basado en la regla de la lógica, la psicología y de la experiencia común. Reglas identificadas con las de la sana crítica que al decir de *Couture*, son contingentes y variables en relación a la experiencia de tiempo y lugar, pero que sin embargo son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos que sirven de sostén a la sentencia, siendo éstas las únicas que conducen el juicio del juez.

EN EL CASO DEL VICIO: Bastará con comprobar la existencia de una violación a una forma que posea tal entidad que ocasione en forma directa o indirecta una afectación a una garantía constitucional.⁷¹

Existen otros supuestos en los que la prueba de las nulidades adquiere particular relevancia: como lo son los casos de coerción, imputabilidad, falta de capacidad legal, etc., del sujeto que realiza el acto, es decir, en los supuestos en los que el vicio proviene de un aspecto interno del sujeto y no de una forma manifiesta del acto.⁷²

Un ejemplo concreto de las nulidades por «vicio del procedimiento» se constata con el A.I. N° 42 de fecha 24 de abril del 2015 dictado por el Tribunal de Sentencia de la Circunscripción Judicial de Concepción en los autos caratulados “Ministerio Público c/ Isabelino Gómez Valiente s/ Homicidio Doloso en la Comunidad Indígena Sati del Distrito de Yby Yaú”, en donde resolvieron: “HACER LUGAR al incidente de nulidad de procedimiento, las actuaciones y de la acusación planteada por la defensa del encausado ISABELINO GOMEZ VALIENTE, conforme los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. SOBRESER DEFINITIVAMENTE al señor ISABELINO GOMEZ VALIENTE....DEJAR sin efecto todas las medidas cautelares decretadas en contra del acusado ISABELINO GOMEZ VALIENTE...”. (sic)

Los fundamentos expuestos para «declarar la nulidad del procedimiento» en el presente proceso penal, fueron las siguientes:

⁷¹ Por ejemplo en el Acta de Imputación no se menciona la calificación primaria penal atribuida al encausado; o en la sentencia la omisión de condenar o absolver, en estos casos no se requiere otra prueba que la mera comprobación.

⁷² En estos casos, el vicio o la inobservancia deberá ser demostrado ya sea a través de declaraciones testimoniales a personas que, por ejemplo, permitan establecer si un determinado acto procesal fue cumplido en forma coercitiva; peritajes, que determinan si el declarante era imputable o no al momento de la indagatoria o prueba de informes, para acreditar si el funcionario que llevó adelante el acto, reunía los requisitos legales para su nombramiento.

«Estas circunstancias basadas en las instrumentales precedentemente individualizadas, demuestran fehacientemente que el acusado ISABELINO GOMEZ VALIENTE, es de condición indígena, miembro de la Comunidad Sati, ubicada en el distrito de Yby Yaú, a ese respecto, el procedimiento para los hechos punibles relacionados con Pueblos Indígenas se encuentra legislado dentro de los procedimientos especiales del Código Procesal Penal, que en su Art. 432, exige que cuando el imputado sea miembro y viva permanentemente en una Comunidad Indígena debe aplicarse la normativa establecida en el Título VI, en todas las etapas del procedimiento, surgiendo del expediente judicial que dicha circunstancia, es decir, **la asistencia obligatoria de un Consultor Técnico especializado en cuestiones indígenas**, no se ha dado el procedimiento ni en las distintas actuaciones, asimismo debe remarcar que dicha normativa tiene su sustento constitucional en las previsiones del Art. 63 in fine de la Constitución Nacional, que establece claramente: “*Que en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena*”; en concordancia con lo establecido en el Art. 8 de la O.I.T. N° 169, aprobado por el Paraguay por Ley N° 234/93, que imponen a este Tribunal de Sentencia a considerar las costumbres o derecho consuetudinario, así como las características económicas, sociales y culturales de los miembros de las Comunidades Indígenas, en este caso, la Comunidad Sati de Yby Yaú y que como es sabido forma parte del grupo considerado en situación de vulnerabilidad, según las disposiciones contenidas en las Cien Reglas de Brasilia (Capítulo I, Sección 2°, numeral 4).

EN EL CASO DEL PERJUICIO: Generalmente no se podrá acreditar en forma convencional –mediante pruebas–, sino que deberá demostrarse su existencia por meras alegaciones hipotéti-

cas. El perjuicio⁷³ puede ser potencial y es claro que podrá probarse algo que todavía no ocurrió, más aún si ese algo es intangible quedando, en definitiva, a decisión del juez comprobar la verosimilitud de la petición.

Queda por establecer a quién corresponde la carga de probar la existencia de una nulidad de carácter absoluta, ya que es claro que si ésta fuera relativa corresponde su prueba a quien la alegue.⁷⁴

En el *primer caso* no presenta dudas. Estas nulidades no necesitan, como ya vimos, ser alegadas, ya que su surgimiento es expreso, correspondiendo al Juez determinar si la falencia y el perjuicio existen, resolviendo, en consecuencia, por la nulidad o la validez.

El problema se plantea con aquellos vicios que no parecen en forma manifiesta.

Francisco Carrara⁷⁵, nos señala cuatro estados distintos del Juez frente a un hecho: de ignorancia, duda, probabilidad o de certeza.⁷⁶

El juez para llegar a la certeza tiene que probar⁷⁷ siete parti-

⁷³ Es dable señalar que el hecho y el derecho son cosas inescindibles, porque la comprobación de los hechos, surge necesariamente la aplicación del derecho. Es decir sin que una investigación integral y completa de los hechos, la aplicación del derecho sería absolutamente vacía e intrascendente.

⁷⁴ Pero hay que diferenciar los vicios que surgen palmariamente y aquellos que no se manifiestan en forma expresa.

⁷⁵ Derecho Procesal Penal, 1945, Tomo III, pág. 17

⁷⁶ Siguiendo al referido autor, nos dice que: "...para avanzar en estos estados mentales, el Juez cuenta con distintos elementos que exteriorizan el hecho que se considera delictuoso o con la reconstrucción de sus elementos materiales: es decir, todas las circunstancias de su realización. Recordemos que el juez nunca tiene relación psíquica directa con el delito, salvo en supuestos delitos cometidos en sus presencia, como, por ejemplo, daños durante una audiencia oral, pero, por supuesto, esta relación debe ocurrir siempre el ejercicio de sus funciones y con competencia sobre el hecho, siendo ello así, ya que si la relación con el hecho fuera accidental sería testigo del episodio, con lo cual no deberá conocer en la investigación ya que en este caso cumpliría dos roles: el de Juez y de testigo, ambos absolutamente incompatibles.

⁷⁷ Esto no significa que el magistrado pueda manejar la actividad probatoria en forma arbitraria, pues gracias a estas reglas de la sana crítica, inserta en nuestra legislación, sirve de freno a actitudes caprichosas que podrían degenerar en un uso abusivo del derecho por su manejo dis-

cularidades que fueron descriptas en el verso *quid, quis, ubi, quibus, auxilium, cur, quomodo y quando*, que significan de que se trata, quién lo hizo, donde, con qué medios, por qué, de qué modo y cuándo.⁷⁸

4. LA PRUEBA OBTENIDA ILEGALMENTE.

A fin de poder dilucidar el contenido y alcance de la «prueba ilegal» es necesario en primer lugar analizar lo que se pretende tutelar con la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente.

Entendemos que la persecución penal debe realizarse dentro de ciertos límites, debiendo llegarse a la verdad por las vías o procedimientos legales.

Esto es así, no sólo por un principio ético que debe imperar en la represión del hecho punible, sino porque la tutela de los derechos del individuo sometido a proceso tienen un valor tan importante para la sociedad como su castigo si fuere el autor del hecho punible.

crecional, subjetivo y caprichoso. Al contrario, la conclusión jurisdiccional debe obedecer a ordenes del intelecto y de la razón, en tanto que la lógica se yergue como aquella luminosa tela que ilumina la senda a recorrer por el iurisdicente, camino a su resolución, constreñido por la perentoria necesidad de llegar a la verdad de los acontecimientos, producto de una seguridad lógica, motivada, racional y controlable. Sin olvidar que gracias a que actualmente contamos con la posibilidad de utilizar recursos técnicos y científicos tendientes a efectivizar el descubrimiento y valoración de aquellos elementos de prueba, a más del acogimiento de las reglas de la sana crítica para la valoración de las mismas. Claro, que como ya lo señaláramos, ello dentro de un campo de respeto y conocimiento de los derechos del individuo, así como de las garantías constitucionales y procesales.

⁷⁸ Para comprobar estos extremos el juez cuenta con elementos probatorios: documentos, confesiones, indicios, peritaje, testimonios, reconocimientos, etcétera. La prueba es la única vía que con plena seguridad y confiabilidad puede llevarnos al conocimiento de la verdad real, siendo a la vez la garantía por excelencia contra los abusos y arbitrariedades judiciales. Su indispensabilidad es incuestionable en el proceso penal, atento a que constituye el medio hábil y pertinente para llegar al reconocimiento de aquellos hechos que se encuentran identificados por una norma penal sustantiva. Señalemos por último, como lo ya lo hicimos con anterioridad que el hecho y el derecho son cosas inescindibles, porque de la comprobación de los hechos, surge necesariamente la aplicación del derecho. Es decir que sin una investigación integral y completa de los hechos, la aplicación del derecho sería absolutamente vacía e intrascendente.

Si bien en la actualidad parece una obviedad que la prueba obtenida en violación a una garantía constitucional carezca de eficacia probatoria en el proceso penal, el advenimiento de este postulado no ha sido por cierto pacífico, y aún hoy es motivo de diversas críticas.

No cabe duda que si se «secuestra» un objeto que se encuentra en un domicilio, y para ingresar al mismo los investigadores carecían de la respectiva orden judicial de allanamiento, dicho secuestro se produjo en violación de una garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio; sin embargo, no son unívocas las respuestas sobre cuál es el efecto jurídico de este acto ilegal, presentándose distintas alternativas.

Una de las primeras alternativas indicaría que únicamente debería ser sancionado el funcionario que cometió el abuso (en nuestro ejemplo el allanamiento ilegal), pero respecto del objeto secuestrado el mismo puede tener valor probatorio; una segunda alternativa consistiría en excluir del proceso penal aquella prueba obtenida como consecuencia directa del acto ilegal (el objeto secuestrado a raíz del allanamiento ilegal); una tercera y última hipótesis implicaría que no solamente debe excluirse del proceso penal aquella prueba que sea consecuencia directa del acto ilícito, sino también la prueba derivada, aunque sea indirectamente, de la primera ilegalidad.

Es fácil advertir que son diferentes las distintas interpretaciones que se pueden efectuar de la «prueba ilegal», abarcando desde otorgarle valor a la prueba obtenida a pesar de la ilegalidad (primera opción), pasando por su exclusión cuando es consecuencia directa (segunda alternativa), hasta alcanzar a la prueba derivada (tercera hipótesis).

Es por ello—importante establecer cuál de estar alternativas adoptamos, porque con ello traerá como consecuencia un mayor o menor alcance de la garantía constitucional que está en juego; el contenido que le atribuyamos a la garantía de la invio-

labilidad del domicilio, no será el mismo si nos limitamos a sancionar solamente el abuso del fiscal y/o agente policial y aprovechar la prueba, que si la excluimos del proceso penal; en el primer caso, la garantía constitucional no beneficiará en nada al imputado del hecho punible; en cambio en el segundo supuesto sí.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA ILEGAL:

Es dable señalar que la «prueba ilegal» no tiene un fundamento normativo, sino que por el contrario ha sido creación de la jurisprudencia; efectivamente, la jurisprudencia, tanto internacional como nacional, fue la encargada de dilucidar y precisar el contenido y alcance de la prueba ilegal a través de los diversos casos que se fueron presentando a la consideración y decisión de los jueces y tribunales, en los cuales estaba en juego una ilegalidad probatoria y la violación de una garantía constitucional.

La prueba ilegal y sus consecuencias jurídicas han registrado un rico y abundante desarrollo en la jurisprudencia de los E.E.U.U., consagrando las dos modalidades que se señalaron anteriormente (regla de exclusión y doctrina del fruto del árbol venenoso).

E.E.U.U. Y SU DOCTRINA DEL FRUTO DEL ÁRBOL VENENOSO:

La evolución jurisprudencial se refirió siempre a las pruebas obtenidas en violación a una garantía constitucional, lo cual permitió precisar el contenido y alcance de la misma; al respecto sostiene Minvielle que “en los EEUU el problema de la prueba ilícita ha asumido dimensiones constitucionales, en la medida que se extrae de los principales contenidos en las Enmiendas IV, V y VI la génesis de diversas reglas de exclusión probatoria, y sin que ninguna de las normas constitucionales citadas, confiere elementos textuales de justificación para el retiro de la eficacia”.⁷⁹

⁷⁹ Bernadette, Minvielle. La prueba ilícita en el derecho procesal penal. Marcos Lerner. Córdoba.

Es decir—que la prueba ilegal no encuentra un fundamento normativo *expreso* que la regule, sino que es creación de la *jurisprudencia norteamericana*, en base al quebrantamiento de una garantía constitucional.

El *primer antecedente* que consagra la regla de exclusión es el caso “Weeks vs. United States”, del año 1914, que se aplicó en los tribunales federales; en este precedente la Corte Suprema norteamericana decidió que no era aprovechable una prueba obtenida por funcionarios federales por medio de un allanamiento y secuestro ilegales.⁸⁰

La regla de exclusión luego se extendió a los procesos estatales en el caso “Mapp vs. Ohio”, del año 1961; respecto de este caso señala Carrió que “*fue el precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos que adjudicó a la regla de exclusión status constitucional. Con todo, su fundamentación se apoya más bien en consideraciones éticas y en datos acerca del tratamiento que la regla venía recibiendo en las distintas jurisdicciones estatales, que en un análisis dogmático acerca de qué cláusula constitucional autorizaría acerca de qué cláusula constitucional autorizaría su consagración*”.⁸¹

Respecto de la doctrina del fruto del árbol venenoso también encuentra antecedentes en la jurisprudencia argentina; en el caso “Silverthorne Lumber Co. vs. United States”, del año 1920, se consagró esta doctrina; en este precedente la Corte norteamericana resolvió que el Estado no podría intimar a un individuo a que hiciera entrega de una documentación que había sido descubierta por medio de un *allanamiento ilegal*; luego en el caso “Nardone vs. United States”, del año 1939, la Corte norteamericana «hizo uso por *primera vez* de la expresión “fruto del árbol vene-

1987, pág. 55.

⁸⁰ Extracto de la obra «La prueba ilegal en el proceso penal» de Carlos E. Edwards. Marcos Lerner Editora Córdoba.

⁸¹ Carrió, Alejandro. Las reglas de exclusión relativas a la prueba. J.A. Boletín N° 5661, 20/12/89, pág. 7.

noso”, al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones”.⁸²

Resumiendo la obra de Minvielle⁸³—encontramos que los fundamentos esgrimidos por la *jurisprudencia norteamericana* para aplicar el concepto de «prueba ilegal», con sus dos modalidades, encuentra dos motivaciones; a saber:

- a) Desde un *punto de vista práctico*, las reglas de exclusión constituyen la única forma posible de desterrar la brutalidad policiaca, sea federal o estadual. El principio de inadmisibilidad de la prueba obtenida mediante actividad que viola los derechos fundamentales del ciudadano, tutela sólo indirectamente al sujeto lesionado, pero desalienta directamente a los poderes públicos de recurrir a irrazonables interferencias en la privacidad individual.
- b) Desde el *punto de vista jurídico*, el acto de admisión procesal de una prueba inconstitucional, representa por sí una renovada y definitiva violación de las garantías individuales, en cuanto al aval del juez potencia el acto ilegítimo de los órganos de la policía, consintiéndose alcanzar el fin perseguido por sus autores. Ello no es contrario, no solamente a los principios de corrección y de lealtad consagrados en la Enmienda V y XIV, sino aun de la “judicial integrity” del Magistrado, por lo cual sería cómplice del ilícito extrajudicial perpetrado, sellando con su propia autoridad las consecuencias procesales.⁸⁴

⁸² Carrio, Alejandro. Justicia Criminal. Lerner Editores Asociados. Bs. As., 1986, pág. 89, nota 26.

⁸³ Obra citada precedentemente

⁸⁴ Minvielle, Bernadette. La prueba ilícita en el derecho procesal penal. Marcos Lerner. Córdoba,

Es decir, podemos sintetizar la *jurisprudencia norteamericana* en tres aspectos, el *primero*: la prueba ilegal es una creación jurisprudencial; el *segundo*, siempre se refiere a la prueba obtenida en violación de las garantías constitucionales; y el *tercero*, consagra la regla de exclusión como la *doctrina del fruto del árbol venenoso*.

Resulta harto difícil y particularmente complicado realizar una enumeración taxativa de aquellos motivos que pudieran llegar a nulificar alguna medida probatoria: por ello, nos contenteremos con realizar algunas observaciones de aplicación general que, pensamos, pueden ser de utilidad para el lector.

Es siempre importante tener en cuenta que deberá analizarse si la **prueba se restringe con perjuicio** de una de las partes, con lo cual los motivos de nulidad que eventualmente pudieran surgir se vinculan con los derechos de los sujetos procesales.

A contrario sensu, si la prueba se amplía no puede conminarse con nulidad a los actos que superasen los límites previstos por el juez o las partes, tal es el caso de un interrogatorio a un testigo o los puntos del examen pericial.

Otro dato que deberá también verse, es si para el acto probatorio se ha dado intervención a las partes, en los casos que corresponda.⁸⁵

Finalmente, que en materia de nulidades de medios de pruebas rige el principio que toda valoración debe ser realizada con criterio restrictivo y excepcional. No olvidemos que las pruebas son actos procesales y éstos, por pertenecer al género de “actos jurídicos”, se presumen legítimos.

pág 58.

⁸⁵ Y principalmente, como ya lo hemos visto precedentemente, se debe examinar en todos los casos si quien alega alguna nulidad tiene interés en la declaración y que, además, surja de la omisión de un **perjuicio real y concreto**, ya que de otro modo, tal como hemos sostenido, sería declarar la nulidad por la nulidad misma.

Creemos que este pequeño bosquejo –que en modo alguno pretende agotar por imposible los criterios o pautas –de valoración del juez y las partes, ha de servir como elemento útil para la determinación del verdadero contenido, sentido y alcance de los defectos que pudiera presentar un acto probatorio.

En ese sentido—podemos estudiar brevemente algunas cuestiones que pueden considerarse producto del desarrollo de dicha doctrina.

*** LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN:**

Según se verá a lo largo de este capítulo, las «garantías que protegen a las personas imputadas» de un hecho punible surgen del artículo 16 y 17 de la Constitución Nacional y de las diversas disposiciones de las convenciones de derechos humanos, que a partir de la sanción de la Carta Magna del año 1992, han sido incorporadas al texto de aquella. (Art. 137)

Planteo de la cuestión: La prueba ilegal se nos presenta como una cuestión compleja, que ha dado lugar a diversas interpretaciones.

Como habíamos adelantado «la elaboración del concepto del fruto del árbol venenoso» ha sido el resultado de una evolución.

En primer término, debe señalarse que esta doctrina, al igual de lo que sucede con la regla de exclusión, no tenía un basamento normativo, ya que no encontrábamos ninguna ley, ni sustancial ni procesal, que la regulara. Por el contrario, se trataba de una verdadera creación jurisprudencial.

Esa elaboración jurisprudencial fue transitando diversas etapas: en una primera etapa, se engendró el concepto de la regla de exclusión probatoria; en una segunda etapa, cuando los jueces advierten la imperiosa necesidad de extender la invalidez a las pruebas derivadas de la ilegalidad inicial, surge el concepto de la doctrina del fruto del árbol venenoso.

Esta *doctrina* puede ser conceptualizada como una modalidad de la prueba ilegal, que consiste en considerar inválida en el proceso penal aquella prueba que sea derivada de una ilegalidad inicial.

5. EL VALOR PROBATORIO Y NULIDAD.

Esta situación se plantea cuando se confunden la influencia que puede tener una circunstancia del acto que, a veces, provocará la invalidez del acto y, otras, influirá sobre su fuerza probatoria.

Cada prueba, según su naturaleza, posee elementos que inciden en su valor probatorio.

Entonces, influirán en general: la percepción, los recuerdos, la sugestión, la ubicación temporal y espacial, contradicciones en puntos no esenciales con otras declaraciones, circunstancias que permitan probar la falsedad sobre algún punto, las indicaciones inexactas, prejuicios, toma de posición, etcétera.

Siguiendo, las enseñanzas de Sergio Gabriel Torres⁸⁶, tenemos lo siguiente:

“Estas circunstancias, permitirán al juez interpretar la medida para otorgarle el valor dentro del cuadro probatorio.

Veamos lo dicho a través de algunos ejemplos que surgen de la vida judicial diaria; estos son:

- Declaración judicial de un testigo en el que rectifica las afirmaciones contenidas en el acta de secuestro;
- Conclusiones periciales contradictorias;
- Actas de secuestro firmadas solamente por personal policial interviniente en el procedimiento, sin que conste la intervención de testigos o de los detenidos.

En ninguno de estos casos, las alternativas expuestas afec-

⁸⁶ Las Nulidades en el Proceso Penal. Editorial AD HOC, pág. 113

tarán la validez de las pruebas; éstas solo incidirán en su valor probatorio; en el primer caso, las eventuales rectificaciones de los testigos de procedimiento no restan eficacia al acta que al ser una derivación documental del secuestro debe independizarse de las declaraciones que se le relacionen, so peligro de experimentar éstas, vicisitudes alternativas que condicionen su validez extrínseca.

En el segundo, la contradicción existente entre las conclusiones de los peritos jamás podría volverlas írritas siempre que hayan sido realizadas conforme a su ciencia.

En el tercero, la firma de los policías cumple con el requisito impuestos de los testigos para un acta de secuestro siempre que éstos no haya afectado su participación con interés, afecto u odio; corresponderá al juez, en definitiva, valorar con los otros medios que tuviera en su poder, la veracidad de las atestaciones del acta y, consiguientemente, su influencia para la investigación...”.

Desde el punto de vista procesal la prueba ilegal se encuentra íntimamente relacionada con el proceso penal; una de las etapas fundamentales del proceso penal es la etapa preparatoria del juicio que tiene por finalidad la reconstrucción histórica del hecho punible, compilando los diversos elementos de prueba que acrediten la existencia de ese hecho.

6. SANCIONES.

Los sujetos del proceso, como señala Leone⁸⁷, deben aspirar a conformar los actos procesales con el mayor apego a las reglas legislativas por un deber de probidad del comportamiento procesal.

⁸⁷ Tratado de Derecho Procesal Penal, EJEA. Buenos Aires, 1963, Tomo I, pág. 669

Es por ello—que el artículo 165 del Código Procesal Penal, establece en forma clara y categórica que:

«No podrán ser valoradas para **fundar** una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este Código, **salvo que la nulidad haya sido convalidada...**».

En materia de nulidades, en sintonía con las doctrinas más modernas y adelantadas, establece pautas legales muy diferentes al anterior Código de Procedimientos Penales. Este, reflejando en sí al modelo acusatorio, propicia la máxima simplicidad en la exigencia de los requisitos formales, preconizando la mayor libertad posible de medios en la forma de ejecutar los actos procesales.

CAPÍTULO III

PRESUPUESTOS DE LA NULIDAD PROCESAL

1. INTRODUCCIÓN

En cuanto al tratamiento del tema en cuestión resulta de singular importancia y ello significa a la vez adentrarnos a un campo bastante nebulosa pues resulta en ocasiones hasta difícil tratar temas que requieren especial consideración dentro del campo no sólo del derecho en general sino del derecho procesal en particular. Es que el derecho procesal es un conjunto de normas que regulan la función jurisdiccional del Estado, la cual sólo puede cumplirse con motivo o luego de un proceso.

En su estructura íntima, todo proceso está constituido por una serie de actos que realizan las partes, el juez y ciertos terceros y que, por tener efectos estrictamente limitados a su ámbito interno, reciben el nombre de actos procesales.

El acto procesal se diferencia del acto jurídico en general por cuanto que tiene vida y eficacia sólo dentro del proceso en el cual se lo ejecuta y su finalidad no es producir efectos externos sino posibilitar el dictado de la sentencia que ha de heterocomponer el litigio.

2. PRESUPUESTOS:

- a) en primer lugar, para la declaración de nulidad se requiere la existencia de un acto irregular (con un vicio de mayor o menor entidad, conforme las categorías antes explicadas) que se halle inserto en un proceso.
- b) en segundo término, se requiere la existencia de sanción específicamente prevista en la Ley.

En un sistema esencialmente formalista, resulta razonable que la propia ley sancione el apartamiento del modelo por ella establecido. Por supuesto, no siempre fue así:

la ordenanza francesa de 1667 facultaba a los jueces para declarar o rehusar nulidades según las circunstancias. Ello degeneró en abuso, y por ende, en arbitrariedad judicial, contra la cual reaccionó la Revolución Francesa: su conocida y característica idea de omnipotencia legislativa hizo que plasmara la reacción en forma positiva que luego pasó a casi todas las legislaciones que consagran el sistema: no existe sanción sin texto legal que específicamente la consagre. Y de aquí el nombre del principio: especificidad que, resulta obvio, debe ser de interpretación estricta.

Aunque el sistema así instrumentado implicaba una indudable conquista, en los términos planteados ofrecía serios inconvenientes: no siempre resultaba posible que el legislador previera a priori todos los posibles casos sancionables, con lo cual quedaban fuera de toda factibilidad nulificatoria muchos supuestos en los cuales ella no debía obviarse. De ahí que fue necesario consagrar otro principio que recibió el nombre de nulidad virtual, mediante el cual se equiparó toda cláusula prohibitiva de la ley a la previsión por ella de sanción expresa de nulidad.

De tal forma, y desde entonces, el quebrantamiento de la prohibición legal traer aparejada la posibilidad de anular el acto respectivo.

Aún así, el principio es de extrema dureza, pues posibilita inútiles declaraciones de nulidad que a nada conducen y obvia casos en los cuales puede estar resentido el derecho de defensa, con lo cual el sistema todo puede ser tachado de formalista.

Así es como, desde antaño, el principio se atenúa, primero doctrinal y luego legislativamente, mediante la introducción al sistema de dos importantes variantes: el principio del finalismo y el de la trascendencia.

El principio del finalismo enseña que aun cuando no exista previsión de sanción en la ley, basta que el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables o esenciales en orden a la obtención de su fin, para que se considere que el juez se halla facultado sin más para declarar la nulidad.

Esta atenuación, que también es de interpretación estricta, otorga al sistema un grado necesario de flexibilidad que le permita escapar de los excesivos rigores del formalismo extremo (en esencia, se trata de una simple aplicación extensiva del principio de libertad de las formas). Su aplicación práctica permite afirmar que la forma no es buena, sólo por estar consagrada en la ley sino por su aptitud para lograr el fin al cual está dirigido. En otras palabras, se trata de conocer el árbol por su fruto, de subordinar el medio al fin.

c) En tercer lugar, debe existir un interés jurídico protegible con fundamento en que el acto ocasiona perjuicio a alguna de las partes.

Y es que la aplicación estricta del principio de especificidad en su formulación originaria permitía mantener la sanción de nulidad para muchas formalidades reconocidamente inútiles, llegándose a declarar la nulidad por la nulidad misma, con desconocimiento de la verdadera función de las normas procesales.

Por ello, en la tesis de escapar al ritualismo, ya desde el derecho francés no se acepta la declaración de nulidad en el exclusivo beneficio de la ley. De tal modo, se exige que el acto que se reputa nulo ocasiona a quien tal cosa sostiene, un concreto perjuicio de indefensión. Congruente con ello, cuando el interesado propone la nulidad, debe invocar concretamente la causa que la ocasio-

na y los hechos en los cuales ella se funda, exponiendo al mismo tiempo las razones que permitan concluir que, por el vicio procesal, quien deduce la nulidad ha quedado efectivamente privado del ejercicio de una facultad o que no ha podido cumplirla cuando era pertinente. Este principio exige que la nulidad sea trascendente, y, por eso, recibe el nombre de trascendencia.

d) en cuarto término, debe mediar petición de parte.

Este presupuesto merece especial atención, porque es aquí donde se pone de relieve la importancia de la afirmación referida a que no se aplica en el derecho procesal la conocida clasificación de nulidades absolutas y relativas.

La doctrina equipara desde antaño estas categorías con los distintos intereses que pueden hallarse en juego. Y así, se dice que la nulidad absoluta es de orden público y, por ende, incontestable, en tanto que la relativa es de mero interés privado y, por ello convalidable.

Quienes así lo hacen, efectúan su afirmación desde la óptica exclusiva del proceso civil y sin aclarar debidamente cuándo opera una nulidad absoluta en el proceso, dejando de lado el penal, cuya esencia responde a otros principios de indudable raigambre constitucional. Colocando el tema en la mira de una teoría general del proceso y, por tanto, computando al efecto sus diversas ramas, parece conveniente dejar de lado – por confusa e inservible a estos efectos – la distinción entre nulidad absoluta y relativa, trocándola por otra que puede resultar más clara para el intérprete: nulidad declarable solo a petición de parte y nulidad que también puede (o debe) declararse de oficio por el juez.

En el orden penal, el interés en juego es por completo diferente: la vida misma y la libertad del reo. Y aquí, conforme expresas garantías que consagra la Constitución, ningún vicio es subsanable cuando el mismo no permite que el acto defectuoso obtenga su finalidad, por lo cual todas las partes pueden impetrar útilmente su anulación o el juez suplirán de oficio, ambos en cualquier estado y grado del proceso.

Hasta aquí hemos mencionado los principios que pueden considerarse como positivos. Veremos seguidamente los negativos.

- e) **En un proceso concebido según la regla moral, no puede permitirse ni apañarse la añagaza o la arteria.** De ahí que parece razonable sostener lógicamente que, por aplicación del principio de probidad y de elementales reglas de buena fe, no debe alegar la nulidad aquél cuya actuación concurrió a cometer el vicio o que sabía o debía saber su existencia. Con ello, se trata de proteger la validez del acto, acordando legitimación para impetrar la nulidad sólo a la parte a quien no se puede imputar su comisión viciosa. Este principio recibe el nombre de protección.
- f) el siguiente presupuesto negativo es el de la subsanación, que implica la posibilidad de reparar o remedir el defecto que vicia el acto
- La subsanación puede efectuarse – latamente—de diversas maneras:
- 1º Actuando el interesado de conformidad con el acto viciado. Parece totalmente irrelevante sostener la posibilidad nulificatoria si quien podía quejarse al respecto no sólo no lo hizo sino que, antes bien, cumplió

una determinada y concreta conducta en acatamiento a lo dispuesto o actuado con vicio.

2° Produciendo el interesado un nuevo acto que confirma o ratifica el acto anulable

3° Atendiendo que el principio del finalismo ya antes citado implica, la prevalencia del resultado sobre el medio que debe emplearse para alcanzarlo, un acto defectuoso no debe ser declarado nulo cuando, no obstante su desajuste con el patrón contenido en la norma, ha cumplir acabadamente con su finalidad (piénsese, por ejemplo, en una cédula de notificación con irregularidades y que, al llegar a manos del interesado, le permite enterarse cabalmente de lo que se le debía noticiar en el caso. ¿Qué sentido, sino un puro e irracional apego a un absurdo formalismo, tendría declarar la nulidad por el vicio de forma?)

Como se ve, esta idea de la obtención de la finalidad del acto no hace al concepto de nulidad sino al de utilidad de su declaración.

4° Teniendo en cuenta la utilidad que produce la anulación, ella no procede cuando es indiferente a los fines del proceso. Aunque en rigor no constituye un supuesto de subsanación, algunas legislaciones subsumen el caso en este título

5° Aunque tampoco se trata técnicamente de un supuesto de subsanación, se incluye entre ellos a la sustitución del acto vicioso, consistente en su repetición con caracteres de regularidad.

6° Igualmente se opera la subsanación por revalidación del acto, lo cual ocurre cuando el interesado, sabedor de la existencia del vicio, lo consiente expresa o tácitamente (en este caso, dejando precluir la oportunidad para impugnarlo por el medio adecuado al efecto

que, según los distintos códigos, puede ser – dentro de la propia instancia – el recurso de reposición o el incidente de nulidad).

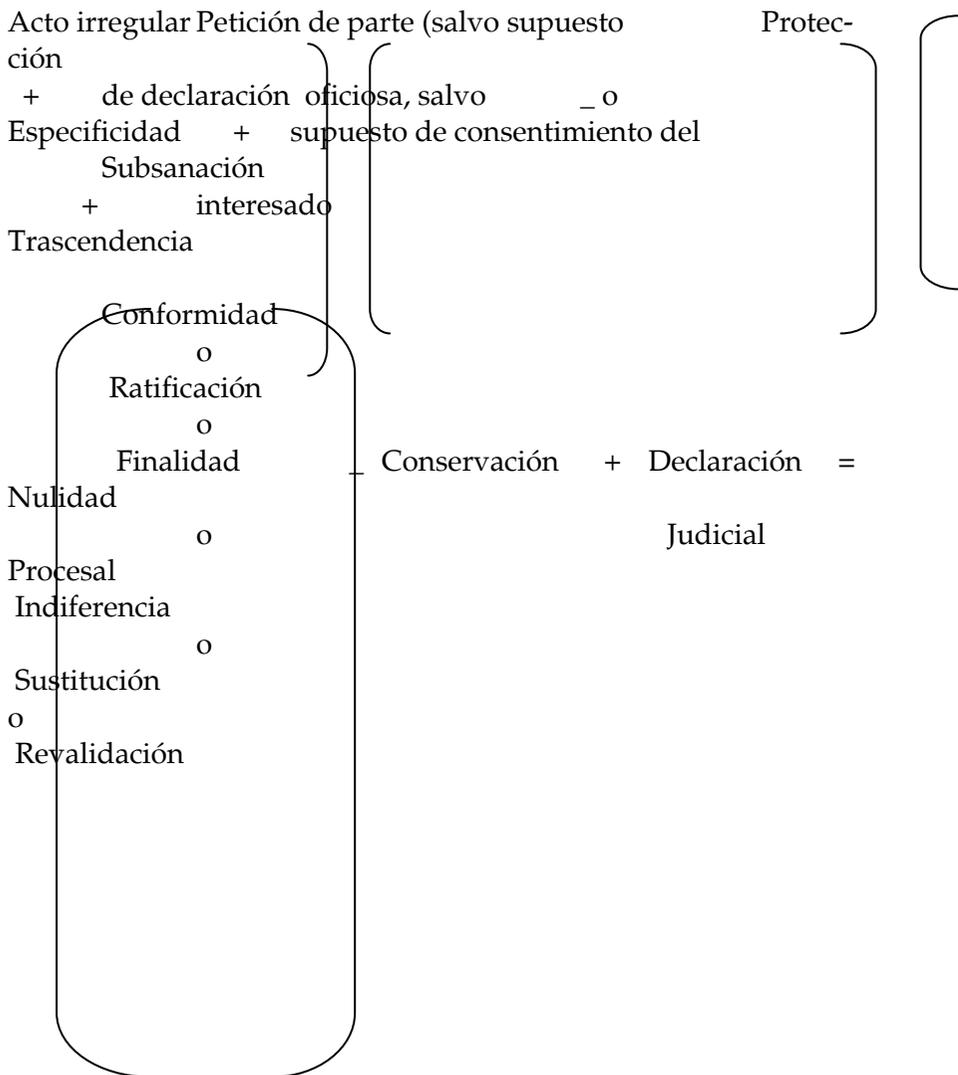
Como es obvio, quedan a salvo en este caso los sujetos a quienes la ley protege de su propia incapacidad.

- g) Algo más falta aún para llegar a la declaración de nulidad, se trata de un principio que rara vez se halla legislado pero que surge obvio de la naturaleza misma de las cosas y, con mayor razón, en la aplicación del derecho.** Partiendo de la base que la nulidad es similar a la nada, elementales razones de seguridad y orden permiten afirmar que toda declaración de nulidad es en si misma disvaliosa y que sólo cabe llegar a ella en grado extremo y arto comprobado.

De ahí que resulte preservable todo acto procesal y que la declaración de anulación deba reservarse para ser empleada como medio último ante la existencia de una efectiva indefensión. Por eso, siempre que existe duda en el juez acerca de si cabe o no declarar la nulidad de un acto dado, debe optar por conservar o mantener su validez. Así nace el principio de conservación.

- h) Por último, para que un acto sea nulo, cabe destacar la vigencia de un presupuesto final: la declaración judicial, pues no hay nulidad procesal sin sentencia que la declare.**

Para terminar, si se acepta – como puro recurso docente – la factibilidad de formular matemáticamente el juego de los distintos presupuestos positivos y negativos que hemos analizado hasta ahora, podemos sintetizar lo expuesto de la siguiente manera:



3. LA MERA IRREGULARIDAD

No todos los elementos de un acto procesal son requeridos por la ley con la misma intensidad en cuanto a su necesidad.

Algunos de ellos sólo están destinados a uniformar los modelos formarles para que permitan su inmediata distinción de otros, evitando dificultades o demoras en los proveimientos, pero no refieren a sus contenidos con relación a las finalidades básicas del acto en el proceso.

Tratándose de «meras irregularidades» que pueden, en ocasiones, permitir al órgano jurisdiccional paralizar momentáneamente el proceso (requiriendo aclaraciones sobre el contenido del instamiento o disponiendo su corrección), pero que no llegan a malear el acto mismo hasta el punto que tenga que ser extirpado como sector de la secuencia procesal.

«De ninguna manera puede declararse la nulidad de una notificación cuando ella ha cumplido con su objeto de hacer saber el contenido de la resolución dado que no ha habido indefensión del procesado, quien ha participado y refrendado la audiencia de reglas de conducta»⁸⁸

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.

4. IRREGULARIDAD. INEFICACIA. INVALIDEZ. UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

En los distintos «grados» —por llamarlo de alguna manera— de los defectos —inobservancias de los actos procesales hallamos también un orden de resultados que nos permitirá superar ciertas confusiones terminológicas.

⁸⁸ Tribunal de Apelaciones en lo Criminal Segunda Sala, Asunción. “Ramírez Samudio, Guillermo s/ Producción mediata de documentos públicos”. A.I. N° 213 de fecha 07/10/2011.

Siguiendo a Carlos Greus –podemos afirmar que la mera irregularidad consiste en un acto típicamente imperfecto en cuanto a su estructura formal, que no acarrea ni su invalidez ni su ineficacia para integrar la secuencia procesal.⁸⁹

Actualmente se ha unificado la terminología utilizada para expresar el —no cumplimiento— de las disposiciones procesales, conforme se lee en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

Las características de la nulidad procesal es que debe ser declarado judicialmente: la nulidad procesal necesita siempre ser declarada para que el acto sea reconocido como no válido, por tanto ineficaz, y deje de producir los efectos del acto típico, extinguiéndose retroactivamente los que estuvo produciendo hasta ese momento.

El llamado *criterio teleológico* en la consideración del vicio del acto como fundamento de la declaración de nulidad, presupone que el criterio del arbitrio judicial (sistema judicialista) para estimar la incidencia del defecto del acto en orden a la nulidad, fue reemplazado en la posterior evolución de los sistemas por la reducción de las hipótesis de declaración de nulidad de nulidad a las previstas taxativamente por la ley, en normas específicas o en disposiciones genéricas (sistema legalista), pero últimamente este criterio se completa con el que puede ser una revivificación parcial de aquel arbitrio – aún –que relativizado – en torno a la consideración de las finalidades del acto.

5. INOBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO ORIGEN DE LA NULIDAD DE CARÁCTER GENERAL.

Como anticipamos en el anterior capítulo «la prueba ilegal» con su modalidad de la regla de la exclusión fue una creación jurisprudencial a partir de interpretar el contenido y alcance de las garantías constitucionales.

⁸⁹ Greus, Carlos. Invalidez de los actos procesales penales. Editorial Astrea, pág. 14 y sigs.

Sin embargo, esta elaboración jurisprudencial, tanto a nivel internacional como nacional, no ha estado exenta de críticas en cuanto a la conveniencia y justicia de su aplicación.

Aguirre Rodas nos dice que «...si el proceso penal se desarrolla dentro de un Estado democrático fundado en el pluralismo ideológico con énfasis en el respeto de los derechos humanos, necesariamente debemos coincidir en que el proceso penal es antes que nada la expresión del respeto de la dignidad de las personas y que la misma debe exteriorizarse dentro de una estructura procesal donde se delinear en forma puntual y específica las garantías que tiene toda persona que es sujeta de una persecución penal por parte del Estado...».⁹⁰

- **ARGUMENTOS A FAVOR:**

Dentro de la postura que considera conveniente la aplicación de la exclusión probatoria, se elaboran diversos argumentos para justificarla: a) Tutela las garantías constitucionales; b) Prohíbe el empleo de medios ilícitos; c) Presenta un efecto disuasivo; d) Resulta insuficiente con sancionar el abuso; e) es preferible la impunidad.

Analizaremos *sucintamente* estos argumentos, seguidamente.

a) Tutela las garantías constitucionales: Por definición, la regla de exclusión significa la inaprovechabilidad de la prueba obtenida en violación de una garantía constitucional; es decir que la prueba ilegal tutela, en definitiva a todas las garantías que consagra nuestra Constitución Nacional.

En otras palabras, la aplicación de la «regla de la ineficacia de los actos procesales nulos», radica precisamente

⁹⁰ Aguirre Rodas, Manuel. Nulidad en el proceso penal y su perspectiva jurisprudencial. Editado por Lexijuris.2013

en proteger estas garantías constitucionales vulneradas. De nada sirve la consagración sobre derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional, si luego podrían hacerse valer en el proceso penal los elementos de prueba logrados a partir del quebrantamiento de alguna de esas garantías.

b) Prohibición de emplear medios ilícitos:

Otro argumento que justifica plenamente la aplicación de la regla de exclusión consiste en que no se puede emplear medios ilícitos en la investigación penal.

Toda la *tarea investigativa* (Art. 179 C.P.P.) tendiente a recopilar los elementos de prueba debe efectuarse de manera transparente, es decir respetando las garantías que la Constitución Nacional consagra a favor del imputado; en esa labor de compilar la prueba los investigadores no pueden valerse de ningún medio ilícito que implique violentar una garantía constitucional y, paralelamente, contamine al proceso penal con una prueba obtenida ilegalmente; la ilicitud del medio empleado radicará precisamente en no haber cumplimiento lo que determina la garantía constitucional en cuestión; así, en un allanamiento no contar con la correspondiente orden judicial.

c) Efecto disuasorio:

Se fundamenta en la aplicación de la regla de exclusión que tiene una finalidad muy precisa, que consiste en evitar las prácticas abusivas por parte de los investigadores en la tarea de recopilar la prueba.

Es decir que este argumento no se refiere directamente a la exclusión de la prueba ilegal del proceso penal, sino que presenta un objetivo más trascendente: desalentar

los abusos funcionales en la investigación de los delitos. Se proyecta más allá del caso en el cual se excluye la prueba ilícita, para convertirse en un paradigma a observar y seguir.

El mecanismo disuasorio operaría de la siguiente manera: si el Agente de Policía o el Fiscal sabe que si obtiene una prueba violando una garantía constitucional, la misma no podrá ser aprovechada en el proceso penal, para el futuro, tanto él como sus colegas, observarán la ley en su labor de recopilar la prueba, respetando las garantías constitucionales, a fin de que su tarea tenga valor en el procedimiento penal.

d) Insuficiencia de sancionar el abuso:

Una de las alternativas que ofrece el complejo tema de la ilegalidad probatoria consiste en que el supuesto de obtenerse una prueba violentando una garantía constitucional, la solución radicaría en sancionar al investigador que cometió el abuso, pero manteniendo la validez de los elementos de prueba logrados en esas circunstancias. Ergo, la cuestión se limitaría únicamente a sancionar al funcionario que violó la garantía constitucional, pero la prueba lograda será plenamente aprovechable en el proceso penal; así, por ejemplo, si se practica un allanamiento sin orden judicial, y se secuestra algún objeto, se deberá sancionar al investigador por el delito de violación de domicilio, pero el secuestro efectuado tendrá validez probatoria.

e) Es preferible la impunidad:

La prueba obtenida de manera ilegal implica una consecuencia lógica: *que esa prueba no servirá para acreditar ni la existencia del hecho delictivo ni la eventual responsabilidad*

penal del imputado; es decir que ese delito no podrá ser sancionado penalmente.

Entre las alternativas posibles, está la de aprovechar la prueba y castigar el hecho punible o privarla de efecto jurídico y consagrar la impunidad de ese hecho, la regla de exclusión opta por la segunda.

El fundamento de esta elección por la impunidad radica en que se quebrantó una garantía constitucional; teniendo en consideración la importancia que tiene en nuestro sistema penal el respeto por las garantías que consagra nuestra Carta Magna, es que se debe recurrir a esta extrema sanción: LA IMPUNIDAD DEL HECHO PUNIBLE.

- **ARGUMENTOS EN CONTRA**

Siguiendo a Carlos E. Edwards, tenemos que los argumentos en contra de la «declaración de la nulidad» se encuentran las siguientes:

1. **Un delito no justifica otro delito:** La dinámica de la regla de exclusión necesariamente la violación de una garantía constitucional; a su vez esta violación configura un delito por parte del investigador que la quebrantó, tipificando algunos de los delitos del Código Penal; así, si se violentó la garantía de la inviolabilidad del domicilio, subsumirá en la figura penal de la violación de domicilio.

Los críticos de la regla de exclusión probatoria utilizan la tipificación de estos delitos para plantear esta ecuación: el delito que surge del abuso funcional no puede justificar el delito que se está investigando. Es decir que el hecho punible cometido por el investigador no transforma en ilícito el delito que investiga.

2. **Costo social:** Otro argumento que invocan los detractores de la regla de exclusión radica en el supuesto «alto precio» que debe pagar la sociedad al liberar a un delincuente por la aplicación de esta regla.

Es decir que por un mero tecnicismo procesal, un peligroso malhechor puede recuperar su libertad; y este segundo argumento de los críticos de la regla de exclusión probatoria también se encuentra profundamente enraizado en la opinión pública; algunos periodistas, que tanto influyen en la opinión pública, alarman a la comunidad toda cuando se produce la liberación de algún imputado por la invalidez en la obtención de la prueba, del peligro social que ello significa, con una ignorancia total de lo que significan las garantías constitucionales y de las pruebas obtenidas a partir de su violación.

En resumen: no se trata de un problema o cuestión de costos y precios a pagar, sino de integrar el sistema constitucional, el cual pretende tanto el «castigo» de los hechos punibles como el respeto de los derechos y garantías de todos los ciudadanos.

3. **Fundamento de la regla:** La regla de exclusión es mucho más que un mecanismo procesal al que se puede acudir cuando se incumple con una forma; su esencia es algo más.

Si recordamos cuál es la finalidad que se persigue en definitiva a través de esta regla, tal vez el panorama se aclare; precisamente el objetivo de la exclusión probatoria radica en tutelar las garantías constitucionales, ya que para que opere esta regla es imprescindible que se obtenga una prueba violando una garantía constitucional.

CAPÍTULO IV

“CAUSALES DE INEFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES EN EL CODIGO PROCESAL PENAL”

1. INTRODUCCIÓN

Al decir de Sergio Gabriel Torres⁹¹ al determinar la ley los requisitos del acto, cuya ausencia puede originar la nulidad del acto, cabe preguntarse si todos tienen la misma importancia o si debe existir una graduación. Indudablemente, la respuesta racional es la que establece una jerarquía en los actos y en sus requisitos y, por consiguiente, de los motivos de nulidad.

Esta distinción encuentra su fundamento en el fin que debe cumplir cada acto, es decir en el objeto, la función que cumple o los derechos que tutela.

Así, puede tratarse de actos y requisitos esenciales del proceso o de los actos y requisitos y funciones de menor importancia o accesorios y subordinados.

Eugenio Florián establece la siguiente graduación:

- a) **Normas** cuya infracción no lleva tras sí la sanción de nulidad: se trata de un especie de instrucción que da el legislador al juez, sin ser la expresión de un imperativo jurídico. Puede ejemplificarse a través del mandato por el que los procesos contra menores deben realizarse a puertas cerradas.

Su inobservancia, claro está, no provoca la nulidad del acto por tratarse de una mera irregularidad; instituto indispensable en un régimen procesal penal en que el que sancionar con nulidad todo incumplimiento de las for-

⁹¹ En su obra ya citada Nulidades en el Proceso Penal, pág. 169 y ss.

mas conduciría, inevitablemente, a consecuencias desproporcionadas, ya que cualquier defecto trabaría el curso de la justicia penal, creando a cada paso inconvenientes difíciles de evitar, y sería contrario a la celeridad de los juicios, condición indispensable de una buena administración de justicia.

No es posible, pues, sacrificar ese interés a todas las formas procesales, sino que basta con asegurar mediante esa sanción, aquellas esenciales que en cada caso particular la ley considera tales.

- b) **Normas sobre actos considerados esenciales y sancionados**, por lo mismo, únicamente con la nulidad relativa observando que por tener una importancia sólo secundaria queda en manos de la diligencia e interés de las partes.
- c) **Normas reguladoras de la estructura orgánica y de las actividades fundamentales del proceso**, cuya infracción da lugar a la nulidad absoluta.

Siguiendo a la clasificación de Luis Darritchon⁹², anotamos seis razones:

- a) **Inadmisibilidad**⁹³;

⁹² Como es el Nuevo Procesal Penal, Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1991, Tomo III, pág. 103 y sigs.

⁹³ Es la sanción prevista expresa o tácitamente en la Ley para declarar la ineficacia de un acto procesal penal que ésta considera que no debe producir efectos procesales. Su principal característica es que debe tratarse de actos que provengan de las partes, es decir, defensor, mandatarios o terceros. Sin embargo, se presentan dudas respecto a la actuación del fiscal, al que sólo debe aplicarse esta sanción en los casos en que su actividad es facultativa (cuestiones impugnativas, por ejemplo) y no cuando se trata de actos esenciales para la estructura del proceso (por ejemplo: acusación). En este caso, si el vicio es corregible, se subsanará; en caso contrario, corresponderá la declaración de nulidad. En cuanto a sus efectos, se tiene el acto como no incorporado al proceso y, por consiguiente, ausente de efecto alguno, por carecer de la forma exigida por la Ley. Como se ve, lo que se impide es el ingreso material del acto a la causa, aunque cabe preguntarse qué sucede si ese acto, por algún motivo, no fue declarado inadmisibile en su momento y se encuentra agregado al expediente. Creemos que más allá del ingreso físico del acto inadmisibile lo que corresponde es evitar el ingreso jurídico y, como consecuen-

- b) Inexistencia⁹⁴;
- c) Desistimiento⁹⁵;
- d) Caducidad⁹⁶;
- e) Deserción⁹⁷ y;
- f) Nulidad⁹⁸.

cia, que produzca efectos en el expediente al ingresar erróneamente a la cadena de actos jurídicos procesales. El remedio adecuado es, a nuestro entender, la declaración de inadmisibilidad del acto y la nulidad de todos los actos que fueron su consecuencia, aun sí correspondiere hacerlo en la misma sentencia definitiva, ya que la posibilidad de declarar la inadmisibilidad de un acto caduca recién por imperio de la cosa juzgada.

⁹⁴ Cuando un acto es inexistente no corresponde permitir su ingreso a la causa y que produzca algún efecto jurídico, pero en caso contrario, más allá de todos los argumentos que se pudieran utilizar, creemos que la nulidad debe ser el mecanismo para eliminar estos “no actos”, ya que sólo sancionándolos pueden ser extirpados del proceso. Ello a partir de que todos los actos que se encuentran en un expediente poseen presunción de legitimidad, y si no existe una declaración expresa, seguirán siendo utilizados por los magistrados y las partes, con el consiguiente perjuicio a raíz del avance de un proceso que evitablemente será castigado, primero por la declaración de “inexistente” de este acto, y luego por la anulación de aquellos que sean su consecuencia.

⁹⁵ Se trata del acto procesal mediante el cual se manifiesta el propósito de hacer abandono de la instancia, el derecho y otro trámite de procedimiento. El Código Procesal Penal, habla de “desistimiento tácito”, cuando el querellante no presentaráH acusación en la etapa pertinente, no concurriera a la audiencia preliminar, no concurriera a una audiencia de conciliación sin justa causa, por muerte sobreviniente del querellante. En definitiva, estos desistimientos muestran en los partes un desinterés, cuya inequívoca consecuencia está en la ineficacia del acto.

⁹⁶ Consiste en la pérdida o privación de una facultad procesal a un sujeto por efecto del tiempo transcurrido sin haberla ejercitado. A partir de este concepto, es prístina la diferencia entre caducidad y nulidad, ya que ésta deriva de un vicio que afecta a la forma o el contenido del acto, en tanto que aquélla es extraña al acto y se refiere a la conducta del sujeto que deja transcurrir el tiempo. Por su parte, mientras la nulidad exige de una declaración judicial, la caducidad actúa de iure, es decir, no es preciso que se denuncie o declare; bastará que cuando una parte pretenda hacer valer en el proceso un acto afectado de caducidad, la contraria puede impugnar tal pretensión y, existiendo o no oposición de la parte, el juez deberá intervenir y declarar el acto privado de efectos jurídicos.

⁹⁷ Se ha conceptualizado como el efecto o consecuencia del derecho del apelante de expresar agravios o de no apersonarse en forma dentro del término del emplazamiento ante el Tribunal que debe decidir, estableciendo como consecuencia la pérdida de la apelación o recurso. En otras palabras se declara desierto, no solo por la falta de presentación dentro del plazo determinado, sino por falta de argumentación o de agravios contra la sentencia del primera instancia.

⁹⁸ Como se ha visto, el Código Procesal Penal consagra el sistema de especificidad por el que sólo pueden declararse aquellas nulidades que estén expresamente caracterizados como tales. Así podemos señalar que el sistema de nulidades en el Código Procesal Penal funciona de la siguiente forma: La regla es que todas la nulidades son relativas y, por lo tanto, subsanables,

salvo que impliquen la afectación constitucional o cuando se establezca expresamente, único caso en el que pueden ser declaradas de oficio. Es dable señalar también que la diferencia entre la caracterización de un vicio de una u otra calidad estará dada por la mayor o menor inmediatez que tuviera con la garantía constitucional en juego. Todas las nulidades tienen su causa en la defensa en juicio, porque precisamente las formas son las reglas que rigen para garantizarla; sin embargo, no por ello todos los defectos son declarables de oficio a tal punto, como se dijera, éstos constituyen la excepción. Esta inmediatez asegura, como sostiene Clariá Olmedo, la vigencia de los principios constitucionales del Juez natural y la inviolabilidad de la defensa en juicio, junto con la 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.

CAPITULO V

“EFECTOS DE LAS NULIDADES”

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La normativa aplicable es el artículo 171 del Código Procesal Penal, que establece que: “La nulidad declarada de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él.

Sin embargo, no se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía prevista a su favor.⁹⁹

La nulidad produce efectos jurídicos si no es declarada, ya que no hay que olvidarse que no se aplican de pleno derecho, sino que requieren de una manifestación expresa del Magistrado o Tribunal.

Esta declaración, que por otra parte significa reconocer la ineficacia del acto afectado, privándolo de los efectos producidos y a producir, equivale, como alguien señalara, a extirparlo del proceso, no obstante haber ingresado, con todas sus ramificaciones.

Laminarmente y a los fines de delimitar este trabajo, debe señalarse que lo que se analiza son los efectos de la declaración de nulidad de un acto en el proceso penal y no a la invalidación de este acto en particular, circunstancia que se rige por los institutos ya vistos.

Esta trascendencia se aplica a todos los actos anteriores, posteriores y contemporáneos al acto viciado. Por otra parte,

⁹⁹ “Conforme a la redacción del artículo en estudio, la nulidad decretada de un acto ejerce su influencia anulando todos los efectos o actos consecutivos que dependen de dicho acto. Con la salvedad de que cuando la nulidad decretada, puede eventualmente producir un grave perjuicio al imputado, no se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, cuando la nulidad se originó en la violación de una garantía previstas a su favor.

esta proyección sobre otros actos anteriores y posteriores no requiere sólo que estén antes o después, sino que sean su antecedente o consecuente legal.

Es por ello que el Código Procesal Penal, siguiendo la línea de los ordenamientos procesales modernos, exige que el Juez Penal de Garantías, Tribunal de Sentencia y/o Tribunal de Apelaciones que declare la nulidad señale a qué actos afecta esta sanción.¹⁰⁰

Al declararla, el juez o tribunal establecerá, además, a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por relación con el acto anulado”.¹⁰¹

Como primer aspecto, es dable señalar que la nulidad de los actos puede ser declarada en cualquier instancia o grado, es decir, tanto por el Juzgado o Tribunal que intervenía en el momento de producirse el vicio, como por otro Juez o Tribunal de Apelaciones que intervenga posteriormente el proceso.¹⁰²

¹⁰⁰ Esta mención debe hacerse en el dispositivo o considerando de la resolución que declare la nulidad, aunque resulta suficiente con simplemente señalar a los actos posteriores sin necesidad de castigarlos también con la máxima sanción, tal como ocurriría si se declara la nulidad de la declaración indagatoria y ésta arrastra la acusación fiscal.

¹⁰¹ El artículo en estudio expresa por último que al declararse la nulidad por el órgano jurisdiccional competente, deberá hacer mención a cual o cuales actos anteriores o comportamiento alcanza la nulidad por su conexión con el acto anulado: He aquí la razón de ser de la anulación de un acto anterior: su conexión. Es decir que nada la anulación del acto posterior, por consecuencia lógica al acto anterior no consigue lograr el fin que la ley asigna Raúl Washington Abalos, nos trae un ejemplo muy sencillo: “la nulidad de la notificación determina la nulidad de la citación”. Estas son la situaciones prácticas en que la nulidad declarada por el órgano jurisdiccional, alcanza a los actos anteriores y contemporáneos por imposición legal”. (Código Procesal Penal Comentado, Miguel Oscar López Cabral, pág. 202)

¹⁰² “El efecto fundamental de la declaración de nulidad es la privación de todos sus efectos al proceso defectuoso, y a todos actos posteriores que dependen de él. Esta situación no ofrece mayores reparos. Se produce como lógica consecuencia de la dependencia del acto consecutivo. Por ejemplo, la constitución del imputado se debe realizar por cédula de notificación en el domicilio real; los vicios en el acto procesal acarrear necesariamente la nulidad de todos los actos que se hayan realizado sin la debida presencia del imputado. La ley procesal igualmente expresa: Al momento de la declaración, el tribunal deberá establecer cuales actos anteriores o contemporáneos, serán afectados con los alcances de la nulidad del acto defectuoso (Art. 171 C.P.P.), estos dos casos de alcance difuso sobre los actos anteriores o contemporáneos deben surgir, al decir de Vincenzo Manzini, de una vinculación íntima” (Código Procesal Penal Co-

Esta declaración puede ser realizada de oficio cuando se trata de nulidades absolutas y a pedido de parte, en caso de relativas, en la misma instancia en que se producen, mediante incidente; cabe también la posibilidad que la declaración se postergue al momento de la sentencia definitiva, que deberá resolverse como cuestión previa.¹⁰³

Esto resulta de particular importancia toda vez que las nulidades deben siempre valorarse con carácter restrictivo, debiéndolas limitar al mínimo posible, ya que no se debe olvidar que el Derecho Procesal Penal no es *finalista*, es decir, que su objetivo terminal accesorio e instrumental en cuanto representa sólo un medio para la realización del derecho material al que interesa la resolución de los procesos, limitando la nulidad de los actos procesales a aquellos casos en los cuales la tolerancia del defecto formal resulta incompatible con la debida protección de los derechos.

Para poder entender mejor, me voy a los ejemplos prácticos, el peritaje orientativo que realiza un juez para confirmar la seriedad o verosimilitud de una denuncia por contaminación del medio ambiente. Aquí no se debe cumplir con los requisitos legales para la realización de exámenes periciales aunque, por obvia consecuencia, tampoco tendrá valor probatorio como prueba directa sino solamente fuerza indiciaria.

Es sabido, que esta declaración de nulidad tiene como consecuencia dejar carente de efectos jurídicos el acto viciado motivado por la irregularidad fulminada con sanción de nulidad. No obstante, debe señalarse como el proceso penal se encuentra integrado por diferentes actos vinculados entre sí por un nexo de

mentado, Miguel Oscar López Cabral, pág. 204).

¹⁰³ Tal sería el caso si se trata de un caso de nulidad que pudiera invalidar el proceso, deberá resolverse la cuestión por vía incidental para evitar la tramitación de un proceso inválido, con el dispendio jurisdiccional que evidentemente ocasionaría.

validez apareciendo unos como presupuesto de los otros y éstos, a su vez, como presupuestos de los posteriores, resulta de fundamental importancia determinar la existencia de la nulidad de un acto procesal en relación con los posteriores, anteriores y concomitantes.¹⁰⁴

Extensión.¹⁰⁵ Debemos hablar de dos tipos de actos, los anteriores o simultáneos y los posteriores.

Actos anteriores o simultáneos: Manzini expresa que los actos a los que nos referimos sólo son los actos procesales, quedando fuera los preprocesales que al ser autónomos no siguen la suerte de los primeros.

El nexo que une al acto declarado nulo con los anteriores, señala el citado autor, puede ser solamente genérico o también específico.

Debe rechazarse la conexión genérica, ya que no basta la común orientación de los actos hacia el fin último del proceso toda vez que es característica de todos los actos, aun de los que son independientes, ya que se reputa nulo y, por ende, tendría una sola consecuencia: provocaría la nulidad de todo el procedimiento, sin importar que los actos que lo componen hayan sido perfectamente realizados.

¹⁰⁴ En la exposición de motivos del Anteproyecto del Código Procesal Penal se lee que: “La declaración de nulidad del acto viciado anula todos sus efectos y también los actos que dependen de él, por consiguiente, la resolución judicial deberá establecer taxativamente a cuales actos anteriores o contemporáneas alcanza la nulidad por conexión del acto anulado. Cuando la nulidad del acto viciado se funde en la violación de una garantía prevista a favor del imputado, no se podrá retrotraer el proceso a etapas anteriores a la posible nulidad, ya que todo el sistema de nulidades se basa en el desarrollo de las garantías procesales de las partes y bajo pretexto de ello no se les debe causar perjuicios. El anteproyecto, en ese sentido, ha regulado el reenvío a otro tribunal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación. El Tribunal podrá anular total o parcialmente la sentencia y ordenará nuevo juicio por otro Juez o Tribunal. Si la anulación fuere parcial, indicará el objeto concreto del nuevo juicio. Se debe tomar en cuenta que no existe un recurso especial de nulidad, ya que la posibilidad de alegarla está contenida dentro de las facultades impugnativas de la Apelación y la Casación”.

¹⁰⁵ En esta parte del trabajo seguimos el bien logrado trabajo de Sergio Gabriel Torres. Nulidades en el Proceso Penal, pág 71 y siguientes, por ser prolija y de muy buena didáctica.

Debe admitirse, en cambio, la conexión específica, es decir, el íntimo nexo que puede aproximar uno o más actos anteriores al declarado nulo, de manera que éste impida al anterior o concomitante conseguir su objetivo.

Actos posteriores: estos actos, para ser considerados nulos, deben depender del írrito. Siguiendo al mismo autor, entendemos que el vínculo de dependencia consiste, además de la relación causal, en cualquier relación por la que resulte que el acto posterior trae su origen exclusivamente del acto nulo y tiene en él su presupuesto lógico y su única razón determinable.

2. LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL VENENOSO

Esta doctrina se fundamenta, genéricamente, en la imposibilidad de utilizar como elemento convictivos en un proceso penal, pruebas obtenidas mediante la violación de garantías constitucionales.¹⁰⁶

¹⁰⁶ En el campo del derecho penal el tema de la Prueba ilícita, (supuesto normativo hipotético para la aplicación de la regla de exclusión) genera complejas y profundas discusiones debido a los valores que se conjugan, al decir que un proceso es nulo por razón de que las pruebas sean prohibidas o se practicaron con violación de normas fundamentales o por el desconocimiento de procedimientos legalmente determinados. La discusión sobre la aplicación categórica y absoluta de la cláusula de exclusión nos lleva a considerar dos aspectos fundamentales, por un lado, se encuentra la efectivización de la sanción penal y la materialización de la justicia y reparación a que tiene derecho la víctima, y por otra parte, el posible choque o dicotomía entre el ejercicio del ius puniendi del Estado y el respeto de la dignidad humana de quien es procesado, esto debido a la posible violación de sus derechos fundamentales para la obtención de los medios de prueba que serán valorados y practicados dentro del juicio Oral y Público. Se tiene como claro postulado constitucional que la dignidad de la persona es una pieza clave del concepto prueba ilícita, puesto que todo medio de prueba que atenta contra la misma deviene en ilícito, y, por consiguiente en estricta aplicación del Principio de Exclusión se tomará inadmisibles; Se precisa entonces que la violación a la dignidad humana o a los derechos fundamentales constituyen actos de los cuales la sociedad moderna no debe ni puede obtener provecho con la excusa de erradicar la impunidad. El profesor Miranda Estrampes nos dice que “la dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto prueba ilícita: todo medio de prueba que atenta contra la misma deviene en ilícito, y, por consiguiente en inadmisibles”¹⁰⁶; que la violación a la dignidad humana constituye acciones de los cuales la sociedad moderna no debe ni puede obtener provecho con excusas de combatir la criminalidad. Ahora bien, el principio de exclusión probatoria se encuentra previsto dentro del artículo 29 Constitucional y consagra que: “(...) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido Proceso”.

Pero tal como advierte José Cafferata Nores¹⁰⁷ se relaciona con la invalidez del uso en el proceso de elementos probatorios, que sin ser el **corpus** de la violación constitucional (por ejemplo el allanamiento ilegal, la confesión forzada, etc.) se pudieran conocer y utilizar por ella.

De lo expuesto, se desprenden dos aspectos: uno, vinculado con la prueba propiamente dicha llevado a cabo con violación de las normas constitucionales, y otro relacionado con las restantes pruebas obtenidas mediante aquella actividad ilegal.¹⁰⁸

Por su parte, la ley 906 de 2004 establece en sus normas rectoras este principio constitucional en el artículo 23 CPP, que reza: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia”. Al analizar el artículo 29 Constitucional, desde el punto de vista teórico, la nulidad constitucional de la prueba obtenida con violación del debido proceso se expande hacia las pruebas que son producto de ella; Mandamiento Constitucional que lamentablemente pasa a ser relativizado en virtud de ciertas teorías que hasta el día de hoy no han sido suficientemente desarrolladas. Manifestación de esto se evidencia dentro del artículo 455 de la Ley 906 de 2004 que consagra: “Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.” Tesis que necesariamente deben ser examinadas a la luz de la Constitución y de los Principios fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho, el cual en virtud de nuestra Carta Política se autoproclama como respetuoso de los derechos Humanos. Frente a lo anterior, el punto de vista un importante sector de la doctrina fundamentado en el interés público del proceso penal y en la ausencia del formalismo aboga y argumenta a favor del reconocimiento probatorio de las pruebas reflejas, pues la búsqueda de la verdad material obliga a obtener la prueba incluso en estas circunstancias. Según este sector de la doctrina, la validez de las pruebas obtenidas por efecto reflejo de las prohibidas también se inspira en una interpretación exclusiva de las normas referente a la nulidad procesal, sin tomar en cuenta la trascendencia de las garantías fundamentales que hayan podido lesionarse, argumentándose que “No existirá nulidad cuando entre el acto nulo y el que es su consecuencia exista una mera dependencia cronológica o circunstancial o una derivación meramente fáctica”. (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de Prueba ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal. Barcelona 1999, pág. 113)

¹⁰⁷ Los frutos del árbol envenenado. Publicado en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 491

¹⁰⁸ **EL DEBIDO PROCESO Y LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN PENAL: CONCEPTO Y OBJETO.** Se tiene que el debido proceso es un conjunto inacabado de factores que tienden hacia un objetivo común: Garantizar el ejercicio pleno de la justicia en el proceso penal. Tal conjunto inacabado está formado por ingredientes de muy variada estirpe, que al tenor del artículo 29 de la Constitución comienzan con el postulado de la legalidad, de contradicción, publicidad, lealtad procesal, juridicidad, imparcialidad, celeridad, hasta la idea de

inmaculación de la prueba obtenida en el proceso. Y es debido a esta multiplicidad de postulados que el debido proceso se manifiesta en dos grandes facetas: por un lado, la forma: al propugnar por el respeto a las formas propias de cada juicio, lo cual se refiere al trámite, al procedimiento y las actuaciones que se desarrollan en sede jurisdiccional; y por otra parte, el debido proceso también se refiere al contenido, que se relaciona con el conjunto de garantías que acompañan al encausado dentro del procedimiento. La cláusula de exclusión es un principio o mandato constitucional que corresponde a un elemento esencial del debido Proceso, dispuesto a partir de la interpretación del párrafo final del artículo 29, en virtud del cual se ordena anular “de pleno derecho”, excluir del acervo probatorio, y no tener en cuenta las pruebas ilícitas, que son aquellas recaudadas, aducidas o practicadas sin la observancia de los requerimientos sustanciales o formales que le son propios, o con violación de los derechos fundamentales de las personas que intervienen dentro del Proceso. Regla que igualmente se predica de las pruebas que se derivan de las ilícitas. Siguiendo fielmente el artículo señalado se tiene que las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales resultan plenamente ineficaces, lo cual guarda plena armonía con un Estado social de derecho y un Derecho Penal Garantista. Así, el tema de la prueba ilícita se halla inmerso dentro del debido proceso, siendo susceptible por consiguiente de la aplicación de la cláusula de exclusión, previsión constitucional que consiste en excluir del arsenal probatorio o en desconocerle valor probatorio a aquellos medios de prueba que al ser obtenidos, recolectados o practicados no se ajusten al debido proceso bien sea en su esfera material o formal, lo cual corresponde a una prueba ilícita. Se tiene entonces que la prueba ilícita es aquella que se opone al debido proceso como dice el artículo 29 superior, entiendo por éste el conjunto de factores que se agrupan en el procedimiento, las garantías superiores del destinatario de la norma los derechos fundamentales y las normas rectoras del Código de Procedimiento Penal, cuya fuerza superior es desarrollada por el artículo 23 de la nueva Ley Procedimental Penal. Ahora bien, a pesar de la existencia de la categórica norma de exclusión a nivel constitucional (Artículo 29) y a nivel legal (Artículo 23 Ley 906 de 2004), las pruebas prohibidas tienen supuestos justificativos previstos dentro del artículo 455 del nuevo código de Procedimiento Penal, eventos en los cuales se les deberá reconocer valor probatorio. Se tiene a partir de un análisis del artículo 23 de la Ley 906 de 2004, que la nulidad de pleno derecho comprende a la prueba que se deriva de la ilícita como aquella que solo puede explicarse en razón de su existencia. Sin embargo, el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 consagra las siguientes excepciones a saber: “El vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, lo cual significa que, no obstante la práctica ilegal del medio de conocimiento, valen las eventuales derivaciones suyas siempre y cuando se estime razonablemente roto o debilitado el nexo entre el acto ilegal y el que de él se derive (relación de necesidad), o el producto obtenido deriva de un medio lícito concurrente, o en fin, el producto definitivamente habría de ser conocido de esa o de otra cualquiera otra fuente (relación de eficacia)”. Siguiendo este planteamiento, nuestro máximo Tribunal Constitucional en sentencias SU-159 de 2002 y C-805 de 2002, delimitó para el ámbito nacional la Teoría de la exclusión de la prueba denominada “doctrina de los frutos del árbol envenenado”, tesis que señala que toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una norma fundamental aun cuando sea por efecto reflejo o derivado, será ilegítima igual que la prueba ilegal que la originó, de tal manera, que la prueba ilícita inicial no solo afecta a sí misma, sino a todos los frutos o consecuencias que derivan de ella. Doctrina que en apariencia acoge fielmente nuestra legislación en su artículo 23, para luego recibir las discutibles excepciones del artículo 455 de la ley 906 de 2004. Por lo anterior surge la imperiosa necesidad de indagar y denunciar las graves consecuencias que pueden llegar a afectar significativamente la indemnidad de los de-

De la primera, pocas consideraciones pueden realizarse ya que ninguna cabe que dicha prueba es nula, de nulidad absoluta, y, por consiguiente, declarable de oficio.

Sólo cabe señalar que, tal como venimos sosteniendo en este trabajo, el vicio debe contener, en forma actual o potencial, **un perjuicio** ya que no es posible declarar la nulidad en el solo beneficio de la ley.

Resumiendo, podemos decir a los efectos jurídicos que puede producir la declaración de nulidad debemos señalar que la misma consiste en la privación de los efectos que normalmente debe producir un acto procesal válido, abarcando también la sanción a todos aquellos actos que le precediere, cuya apreciación queda exclusivamente a cargo del órgano jurisdiccional, con la excepción de que cuando la causal de la nulidad sea la violación de una garantía prevista a favor del imputado, en ningún caso, ni bajo pretexto alguno, se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, con graves perjuicios para el imputado, cuando la nulidad se funde en la violación de una garantías prevista a su favor. El juez o tribunal que declare la nulidad de un acto o resolución debe mencionarlo en forma expresa en su resolución a cual o cuales actos se refiere.

Abundando en otras consideraciones respecto al tema, se puede sostener que el efecto principal desde el punto de vista jurídico que produce el hecho de declarar la nulidad de un acto procesal es que anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él, lo cual significa que todos los **actos anteriores en el que se sustenta y sirva de antecedente inmediato al que fuera declarado nulo, carecerán igualmente de eficacia jurídica.**¹⁰⁹

rechos fundamentales del procesado y la integridad del debido Proceso Penal, surgidas a raíz de la relativización de la regla de exclusión probatoria. Así pues, debemos ser categóricos al precisar que no existe forma legal de practicar la prueba prohibida. (BECERRA MOJICA, Luis Alejandro, en “Cláusula de Exclusión y Juez de control de garantías”, ponencia realizada dentro del XXVI Congreso Colombiano de derecho Procesal, Bogotá 2005)

¹⁰⁹ Sin embargo, existe excepción al principio precitado, en el sentido de que no se podrá retrotra-

3. PROCEDIMIENTO PARA SOLICITAR LA NULIDAD.

Son varias las vías para reclamar la nulidad de un acto procesal defectuoso. Entre ellas podremos enunciar a los recursos, (Apelación Especial de la Sentencia de Primera Instancia; el Recurso extraordinario de Casación; y el Recurso de Revisión) al incidente de nulidad y a la excepción.¹¹⁰

El recurso de Apelación Especial de la Sentencia de Primera Instancia, procede contra las sentencias definitivas dictadas por el Juez de Paz o el Tribunal de Sentencia en un juicio oral, en razón de la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal.

El recurso extraordinario de Casación que procede contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Apelaciones en los casos de condenas graves, sólo cuando se alegue inobservancia o violación de un precepto constitucional, o en los casos de jurisprudencia contradictoria o de sentencias arbitrarias.

El recurso extraordinario de Revisión que procede contra la sentencia de condena en todo tiempo, no es otra cosa sino que una demanda de nulidad con fundamentos en nuevos elementos de prueba, en la existencia de prevaricato, cohecho, violencia, argumentación fraudulenta, etc.

En el caso de incidentes, aunque no esté previsto en forma expresa el de nulidad, se le debe emplear como vía normal de indefensión o sea, ausencia de las garantías del debido proceso. También puede ser utilizada esa vía para impugnar un acto procesal que por ser parte y no oficiosa, no puede ser impugnado

er el procedimiento a etapas anteriores cuando exista el riesgo de causar un grave perjuicio a los intereses del imputado o bien cuando la nulidad se funde en una garantía consagrada en su favor.

¹¹⁰ Por otra parte, de conformidad a los principios que rigen la actividad procesal defectuosa, es conveniente que la interpretación de las normas sobre declaración de nulidad, se las realice restrictivamente o limitarlas en la medida de lo posible, porque funciona como medida de última ratio.

por la vía del recurso: Este medio procesal debe ser utilizado de manera muy restrictiva, puesto que procede por defecto del saneamiento o de la convalidación.

A través de la excepción de podrían alegar nulidades sustanciales del procedimiento como ser la constitución de los tribunales, la falta de acción del Ministerio Público, los impedimentos legales para proseguir el procedimiento (como cuando se juzga a mayores y menores de edad al mismo tiempo, etc.).

El tema de los efectos de las nulidades suele ser bastante complejo, desde aquella afirmación del maestro Francisco Carnelutti, quien expresaba que la declaración de nulidad tiene una capacidad difusiva, explicando así, que una vez declarada la nulidad del acto necesariamente acarrea la invalidez de actos anteriores, contemporáneos y consecuentes.¹¹¹

Siguiendo a **Miguel Oscar López Cabral**, tenemos que: “Como se podrá observar el nuevo Código Procesal Penal, nos plantea una nueva forma de comprender el régimen de la actividad procesal defectuosa. Esta nueva forma ya fue explorada por la jurisprudencia nacional, dentro de las limitaciones propias de una norma más que centenaria.

La nulidad del acto procesal, como la sanción procesal más grave, ya no será el único medio con que cuenten los operadores del sistema penal. Se extiende ante nosotros una nueva serie de posibilidades que tienen como finalidad primordial mejorar los estándares de justicia. Se ha mantenido la simpleza en la clasificación de las nulidades, esto implica necesariamente el aprovechamiento de una rica jurisprudencia nacional. El saneamiento y la convalidación de los actos viciados serán instrumentos fundamentales para el cumplimiento del principio constitucional de economía procesal. Finalmente, la profunda transformación del

¹¹¹ Código Procesal Penal. Miguel Oscar López Cabral, pág. 203

sistema de nulidades, ha tenido como norte evitar los abusos a que han sido expuestos los justiciables, generados por chicanas que han significado en definitiva la postergación del conflicto social –eternizado en el proceso –y el mantenimiento de la prisión preventiva”.¹¹²

4. NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS

Ideas para su distinción. En el derecho procesal penal, se habla actualmente de dos tipos de nulidades: las absolutas y las relativas, abandonando ya los otros tipos o clasificaciones de nulidades, como ser las genéricas, virtuales, etc.

Ahora bien –entiendo –de que la doctrina procesal penal no se han desarrollado de manera suficiente, desde el punto de vista conceptual, criterios teóricos para trazar la distinción entre nulidades absolutas y relativas en el proceso penal.

Es nuestra intención exponer y fundamentar alguna opinión –que se explicitará, a su vez, en ciertos postulados –que sirva como instrumento teórico a los fines de tan difícil empresa.¹¹³

Es casi innecesario decir o justificar la importancia que tiene, por sus consecuencias prácticas, saber y, en consecuencia, decidir en el proceso penal si se está frente a una nulidad absoluta o relativa.

Se afirma, de manera uniforme, que las **nulidades absolutas** no solo pueden ser declaradas en cualquier estado y grado del proceso, sino que deben ser declaradas de oficio, pueden ser peticionadas por cualquiera, aunque haya participado en su producción y no son convalidables.

¹¹² Código Procesal Penal Comentado, pág. 204.

¹¹³ O, por lo menos pretendemos, en caso de que la idea presentada no sea útil para el objetivo en cuestión, que la misma sirva como punto de partida de una discusión sobre el tema, generando así la reflexión en el ámbito donde debe encontrarse la solución.

A contrario sensu, se sostiene que las **nulidades relativas** deben ser planteadas en debido tiempo, no pudiendo ser declaradas en cualquier momento; no son declarables de oficio, solo la puede invocar quien no ha participado en su producción y son convalidables.

Es dable señalar que no es una cuestión simplemente doctrinaria o teórica distinguir ambas nulidades (absolutas y relativas), sino que las consecuencias prácticas difieren considerablemente según una nulidad sea calificada como absoluta y relativa.

5. CRITERIOS INCORRECTOS PARA DISTINGUIR NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS

Siguiendo al procesalista Nelson R. Pessoa¹¹⁴ tenemos que:

“Un criterio incorrecto para distinguir nulidades Absolutas y Relativas¹¹⁵. No es infrecuente, a la hora de ensayar la distinción de referencia, que se use el siguiente razonamiento (al que calificamos como incorrecto): las nulidades absolutas y relativas se diferencian entre sí por estas notas: las primeras son declarables de oficio, en cualquier estado y grado del proceso; pueden ser peticionadas por cualquier sujeto; no son convalidables, etcétera.

Las segundas, en cambio, se caracterizan porque no pueden ser declaradas de oficio y se presentan las peculiaridades de oficio y se presentan las peculiaridades opuestas, en cada caso, a las que caracterizan a las nulidades absolutas.

Realmente llama la atención que no se advierta la total in-

¹¹⁴ Las Nulidad en el Proceso Penal, pág. 116.

¹¹⁵ Para Carlos Creus, la diferencia entre las nulidades absolutas y relativas, “...está en que la sanabilidad se puede operar en el proceso, es decir dentro de él, cuando todavía no se agotó su curso, o ser resultado de la extinción del mismo; la nulidad relativa es subsanable dentro del proceso; la nulidad relativa es subsanable dentro del proceso; la absoluta sólo puede serlo por mediación de la cosa juzgada. Es por eso que ésta puede ser opuesta y declarada en cualquier estado y grado del proceso, y ni siquiera requiere la advertencia de la protesta de parte para invocarla en una instancia distinta de aquella en la cual se ha producido...”.

eficacia conceptual de esta manera de pensar. Intentaremos mostrar la falencia que contiene este tipo de razonamiento. Trabajaremos con un ejemplo a fin de demostrar lo que venimos postulando.

Imagine el lector que nos enfrentemos a un caso concreto: que debemos decidir si determinada irregularidad que presenta un acto procesal se trata de una nulidad absoluta o relativa.

Pongamos, como hipótesis de trabajo, el siguiente caso: se plantea la nulidad de la requisitoria fiscal de elevación de la causa a juicio oral y público, por defectos de forma de la acusación.

Imaginemos también que esta nulidad es planteada por el defensor del imputado condenado al interponerse un recurso de casación (y convengamos en que, efectivamente, la acusación fiscal adolece de tales defectos).

Ahora tenemos que decidir, comprobadas tales irregularidades del acto procesal de nuestro ejemplo, si la nulidad en cuestión es absoluta o relativa.

Para resolver el problema tenemos el criterio que impugnamos por ineficiente. ¿Qué nos dice el mismo? Que una nulidad absoluta es la declarable de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, que no es convalidable, etc., y que una nulidad relativa es declarable de oficio, que solo puede ser declarada en determinado momento procesal, que es convalidable, etcétera.

Habíamos convenido en que la naturaleza de la nulidad del requerimiento de elevación de la causa a juicio oral y público era planteada al interponerse el recurso de casación.

Ahora, véase lo siguiente: sabemos que la nulidad absoluta es declarable de oficio, en cualquier momento procesal, etc. y que, en cambio, la nulidad relativa tiene las notas opuestas.

Pero, y esto es lo importante, lo que no sabemos es si esta concreta irregularidad procesal que ahora debemos decidir es una nulidad absoluta o relativa.

El criterio que criticamos no nos suministra ayuda conceptual alguna para resolver qué tipo de nulidad es la que tenemos frente a nosotros.

A modo ilustrativo, verbigracia. Sabemos que la nulidad absoluta es declarable en cualquier momento procesal y que la nulidad relativa solo puede declararse en los momentos determinados legalmente.

Así las cosas, si la nulidad del requerimiento fiscal es relativa, ya no podría ser declarada durante el trámite del recurso de casación; en cambio, si es absoluta, puede ser declarada en dicho momento; o, si es absoluta, advertida por la Sala Penal de la Corte tal irregularidad, la misma puede serlo si es relativa.

Todo eso sabemos, pero lo que no sabemos –pues el criterio que impugnamos no nos da elemento alguno –es si esta nulidad con la que nos enfrentamos es absoluta o relativa. Si es absoluta, podrá ser declarada de oficio, etc.; y, si no lo es, no podrá serlo.

En síntesis, desde el punto vista lógico conceptual los términos del problema debe plantearse así: las notas o cualidades que distinguen las nulidades absolutas de las relativas son ciertas características –que no fueron explicitadas– que tienen como efecto o consecuencia que las primeras sean declarables de oficio, en cualquier momento procesal, etc. y que, por el contrario, hace que las segundas no pueden ser declaradas de oficio, que solo pueden serlo en ciertos momentos, etcétera.

6. OTRO RAZONAMIENTO INCORRECTO PARA RESOLVER EL PROBLEMA¹¹⁶

En el ámbito de nuestros Tribunales, se suele usar un segundo tipo de razonamiento para resolver el problema de la distinción entre nulidades absolutas y relativas.

¹¹⁶ Obra citada, pág. 119

Como el mismo es usado con preocupante frecuencia en las decisiones judiciales, nos interesa de manera especial ponerlo claramente de manifiesto y luego criticarlo a fin de mostrar sus graves falencias conceptuales.

Presentaremos el problema a través de un ejemplo.

Imaginemos que en el curso de un debate (en el juicio oral y público), en el momento en que el Tribunal ordena la incorporación por lectura del acta de un allanamiento de domicilio, se plantea la nulidad del acto en cuestión.

Supongamos, como hipótesis de trabajo, el siguiente caso: la policía nacional llevó a cabo el acto de allanamiento “en prosecución” sin autorización judicial, en razón de entender que se daba en el caso de alguna de las situaciones previstas en el art. 239 del Código Procesal Penal.

Pensemos que la defensa del imputado impugna el acto en cuestión, argumentando que las concretas circunstancias del caso no configuraron los supuestos normativos que autorizan a la policía a allanar un domicilio sin orden judicial, por lo que, la autoridad policial debió requerir la orden del Juez Penal de Garantías o del Juez de Paz en los casos que la ley procesal lo autoriza, y que al faltar tal requisito, el acto es nulo y de carácter absoluto, solicitando que así se declare.

Ante este tipo de situación –planteo la nulidad– suele usarse, por nuestros Tribunales, un razonamiento que puede resumirse en estos términos: habiendo vencido el término para plantear la nulidad no corresponde hacer lugar a la misma (téngase presente la modalidad del ejemplo, se peticiona la nulidad de un acto inicial del procedimiento, allanamiento del domicilio realizado por autoridad policial, en el curso del debate en el momento de incorporación por lectura del acta respectiva).

Téngase presente también que el defensor plantea la nulidad absoluta del acto en cuestión. Y como se trata de una nuli-

dad absoluta puede ser solicitada en cualquier momento procesal.

En este tipo de situación se pone de manifiesta, en forma evidente, que el razonamiento que criticamos es incorrecto por una sencilla e irrefutable razón: si tenemos presente que las nulidades absolutas pueden ser declaradas en cualquier momento procesal, y si en la petición de la nulidad de nuestro ejemplo, se sostiene precisamente tal calidad de nulidad, es un grave contradicción no tratar y resolver si la irregularidad en cuestión se trata de una nulidad absoluta o relativa, tema en cuestión que debe decidirse conforme a cierto criterio conceptual.

El tribunal¹¹⁷ podrá desestimar la petición por extemporá-

¹¹⁷ **LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN PROBATORIA. EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS.** Para la protección del debido Proceso, La ley 906 de 2004 creó la figura del Juez de Control de Garantías, que cuenta con el deber constitucional de decretar la nulidad de un medio probatorio cuando este se halle viciado, es decir, cuando resulte violatorio de los derechos Fundamentales y Garantías materiales o procedimentales del investigado, recurso que corresponde a la aplicación del Principio de exclusión probatoria. En virtud de lo anteriormente señalado, resulta de vital importancia analizar una de las Principales figuras del Sistema Penal con tendencia Acusatoria, que ha sido implementada en razón del esquema Garantista que propone el Sistema Procesal penal implementado por la Ley 906 de 2004: El juez de Control de Garantías, figura judicial a la cual se le ha encomendado la determinante tarea de controlar la legalidad y constitucionalidad de las labores desplegadas por la Policía judicial bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación en virtud del ejercicio de la acción y persecución penal; lo cual obedece a la necesidad de someter a consideración del Juez de control de Garantías aspectos fundamentales y puntos álgidos de la investigación, a través de audiencias preliminares y controles previos o posteriores que dependen de la naturaleza de la actuación, lo cual constituye una labor de gran significación para la salvaguarda de los derechos fundamentales y Garantías Procesales del investigado penalmente. Se puede decir, teniendo en cuenta las diversas actuaciones conferidas al Juez de Control de Garantías en virtud del nuevo ordenamiento Procesal Penal que, este funcionario ostenta un rol de verificador bien sea previo o posterior de los actos realizados por parte de la Fiscalía y de la Policía Judicial dentro de la fase Pre procesal. Para ello, este funcionario debe observar detenidamente y con ponderación las actividades adelantadas para determinar la validez de las mismas y de los elementos materiales probatorios o evidencias físicas que se hayan podido recaudar. Por otra parte, el Juez de Garantías debe decidir dentro de las llamadas “Audiencia Preliminares” y la eventual de Aplicación del Principio de Oportunidad. Dentro de esta actividad el juez de control de garantías además de veedor, es un garante institucional de legalidad y juridicidad. Cabe resaltar que en virtud de esta potestad el juez de control de garantías no se realiza un juicio de responsabilidad, sino una de legalidad sobre los medios de prueba con los que se cuenta. De ahí que la cláusula de exclusión sea un medio idóneo a través del cual el Juez de control de

nea, y además, por considerarlo como una **nulidad relativa**; pero si se trata de una **nulidad absoluta**, el tribunal deberá así declarar, sin importar el momento procesal, y no podrá decirse –en forma gravemente contradictoria– que no se puede declarar la nulidad pues venció su tiempo de alegar, si la misma se puede plantear en cualquier momento por ser ella absoluta.

Esta fuerte contradicción pone de manifiesto de manera irrefutable que el criterio que impugnamos es insostenible.¹¹⁸

En el Anteproyecto del Código Procesal Penal, al desarrollar la “Actividad procesal defectuosa” (nulidades) arguyeron que:

A fin de evitar explicar la teoría de las nulidades, creemos conveniente comenzar por conocer la teoría de la sanción procesal. En ese sentido para eliminar los actos viciados del proceso, el Anteproyecto establece una serie de medidas a las cuales podríamos denominar sanciones procesales. La sanción procesal consiste en privar al acto de los efectos producidos o que debía producir, como consecuencia impuesta por actos viciados precedentes y por omisiones de saneamiento.

La doctrina ha clasificado en forma más bien amplia las sanciones procesales: así, la primera de ellas, la nulidad, es concebida como la sanción procesal por la cual se elimina un acto

Garantías en cumplimiento a su obligación constitucional depura de ilegalidades desde el comienzo del proceso bien sea a petición de la defensa o de oficio, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los intervinientes dentro de la fase Preprocesal dispuestapara la acción Penal. En consideración de lo anterior, es preciso extender la nulidad constitucional a todas aquellas pruebas que provengan de la ilícita, para que sus efectos sean realmente trascendentes y no simplemente retóricos como atinadamente lo preceptúa el legislador al castigar con nulidad de pleno derecho a las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia. (MARTINEZ GARCIA, Elena. “Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal”, Barcelona, 2003, pág. 89 y siguientes)

¹¹⁸ Tal como expresa LINO ENRIQUE PALACIO, en su obra “A propósito de las llamadas nulidades absolutas en el proceso penal”, que: “...no es frecuente que la Corte Suprema haya hablado explícitamente de “nulidades absolutas” en el proceso penal (aunque no se puede decir que no existan fallos en tal sentido).

por la inobservancia de reglas constitucionales o legales sustantivas; la caducidad, como la sanción que produce la ineficacia del acto por haberse perdido el poder para cumplirlo; la inadmisibilidad, de cómo la imposibilidad de que un acto ingrese al proceso por carecer de ciertos requisitos formales externos; la preclusión, como la sanción que invalida un acto porque su cumplimiento era incompatible con una conducta procesal anterior.

El Anteproyecto clasifica en forma expresa a la nulidad absoluta, estableciendo: "...serán consideradas nulidades absolutas¹¹⁹ aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y en las formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos en la Constitución, el Derecho internacional vigente, y en este Código", y por oposición a esta definición debemos entender cuáles son las nulidades relativas. La fórmula abierta que fue consagrada por el Anteproyecto, actúa como criterio básico y central, pero se halla contemplado por aquellos casos señalados expresamente en cada artículo, ya sea porque se trata de un caso que se pudiera interpretar que no ingresa dentro de la cláusula general y se quiere evitar la discusión o simplemente una repetición a modo de advertencia, cuando igualmente el caso quedaría comprendido dentro de la cláusula general.

La priorización de los derechos constitucionales del imputado en el texto del anteproyecto, no la limita, como dijimos, sino que le señala puntualmente, a todos los órganos jurisdiccionales la importancia de esas normas. El orden público, dice Alfredo Orgaz, comprende o se refiere a aquella categoría de intereses fundamentales y vitales de una colectividad. Siguiendo a todos

¹¹⁹ Se deja constancia que los casos de nulidades absolutas, y los fallos jurisprudenciales que la acogieron favorablemente serán tratadas en la segunda parte de la obra que será lanzada próximamente.

los demás Códigos modernos, el Anteproyecto no define al orden público, que finalmente fundamenta toda la teoría de las nulidades absolutas, pero señala con toda claridad cuáles son los casos de vicios esenciales.

El Anteproyecto trata de evitar que se declaren nulidades, mucho más aún cuando nuestros Tribunales tienen una práctica formalista y desordenada respecto al tratamiento de la actividad procesal defectuosa. Por ello contempla dos soluciones anteriores, que son: el saneamiento o corrección y la convalidación o subsanación del acto, salidas a las que se otorga prioridad por sobre la declaración de nulidad, que deber ser la “ultima ratio” de las sanciones a la actividad procesal irregular defectuosa.

El Anteproyecto, busca que todas las nulidades sean inmediatamente saneadas, por tres vías: la renovación del acto viciado, la rectificación del error, o el cumplimiento del acto omitido, de oficio o a petición del interesado. El saneamiento del acto viciado, cuando esto sea posible, se encuentra facilitado por el Anteproyecto; en caso contrario, el reclamo oportuno permitirá la impugnación, individualizando al acto viciado u omitido, proponiendo la solución que contraviene a sus derechos.

La convalidación del acto viciado, se producirá por no haberse solicitado su oportuno saneamiento; o cuando exista consentimiento expreso o tácito de los interesados; o cuando haya alcanzado su finalidad con respecto de todos los interesados, pese a su irregularidad. Nos basamos en la doctrina uniforme sobre este punto.

La declaración de nulidad del acto jurídico, será el último medio del Tribunal, tendiente a expulsar el acto viciado o defectuoso, siempre por auto fundado y tratando en todo momento de sanear el acto con anterioridad.

La nulidad es un fracaso del procedimiento que se debe tratar de evitar sin cerrar los ojos a las nulidades absolutas –lo que es constitucionalmente inadmisibles– sino mediante una oportuna

y creativa actividad saneadora, totalmente distinta a la mentalidad formalista que busca declarar nulidades insustanciales, con grave perjuicio para el desarrollo del proceso.

La declaración de nulidad del acto viciado, anula todos sus efectos y también los actos que dependen de él. Por consiguiente, la resolución judicial deberá establecer taxativamente a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por conexión del acto anulado. Cuando la nulidad del acto viciado se funde en la violación de una garantía prevista a favor del imputado, no se podrá retrotraer el proceso a etapas anteriores a la posible nulidad, ya que todo el sistema de nulidades se basa en el desarrollo de las garantías procesales de las partes y bajo pretexto de ello no se les debe causar perjuicio.

El Anteproyecto, en ese sentido, ha regulado el reenvió a otro Tribunal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación. El Tribunal podrá anular total o parcialmente la sentencia y ordenará nuevo juicio por otro Juez o Tribunal. Si la anulación fuere parcial, indicará el objeto concreto del nuevo juicio. Se debe tomar en cuenta que no existe un recurso especial de nulidad ya que la posibilidad de alegarla está contenida dentro de las facultades impugnativas de la apelación y la casación.

Un ejemplo práctico y concreto se da en el siguiente caso...¿Qué pasa en un hecho particular cuando que el sujeto procesal se trata de un ciudadano Indígena que se encuentra privado de su libertad y el Juez ha incurrido en la inobservancia de preceptos legales relacionados a pueblos indígenas debidamente establecidas en el Código de Procedimientos Penales con rango Constitucional..?

En los autos caratulados "FILEMON PRIETO GUIMARAES S/ COACCION SEXUAL Y VIOLACION EN LA COLONIA SANTA ISABEL - YRYBUCUA", el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de San Pedro ha sentado postura en

base a un recurso de apelación general interpuesto por la defensa. El tribunal de alzada mediante Auto Interlocutorio ha resuelto la cuestión planteada en el caso particular y cuyo texto establece claramente de que el principio previsto en el Art. 165 del C.P.P., consagra de que no tienen efectos jurídicos los actos procesales cometidos en inobservancia o violación de formas y condiciones legales y constitucionales. “Conforme a la interpretación dogmática e integral de las normas que rigen la materia así como del sistema dentro del cual se desenvuelven las mismas que consagra al decir de Alberto Binder que **“No todo quebrantamiento de las formas genera un acto inválido, aunque genera un acto defectuoso”**, y en su caso si así fuere **“No todo acto inválido genera necesariamente un acto nulo”**, en razón de que existen mecanismos de rectificación (saneamiento o subsanación) de dichos actos cuando la violación o inobservancia ha afectado sólo las formas y no el principio que subyace tras ellas. De lo que surge que ser eliminado del proceso. Asimismo en caso que se haya afectado el principio, el perjuicio o gravamen producido pro la inobservancia o violación, debe ser irreparable, para que se declare la nulidad del acto, eliminándolo del proceso. Esto se explica porque el Código Procesal Penal responde a la doctrina que consagra un sistema de nulidad funcional, al servicio de las garantías del debido proceso, no de las formas propiamente dichas. Lo que conduce a aseverar, que la nulidad es la última respuesta del sistema penal para los actos defectuosos (última ratio). Antes de declararse se debe sanear el acto. La nulidad nunca se declara a favor de la ley, sino para proteger un interés concreto que ha sido dañado por la violación o inobservancia de la misma. El cumplimiento de las formas no es el **fin** sino el **medio** para asegurar el cumplimiento de los principios. De todo lo cual se desprende que para verificar si existen razones para declarar la nulidad de un acto procesal; en primer lugar se debe analizar la entidad de la irregularidad antes que recurrir automáticamente a

la nulidad del mismo. Es fundamental ubicar primero el principio o garantía a favor de cuya protección se ha establecido la norma luego si ha existido vulneración efectiva se podrá sanear a través del restablecimiento de las formas y condiciones que rodean al principio. Finalmente sólo si la vulneración, ha producido un perjuicio irreparable se deberá declarar la nulidad del acto. Como se observa, es cuestión de determinar en cada caso, hasta donde ha llegado la ilicitud y, si en su caso, ha habido perjuicio.

Al analizar las constancias de autos, se advierte que se han violado principios del debido proceso, en razón de no haberse dado cumplimiento a los procedimientos para los hechos punibles relacionados con pueblos indígenas, previsto en los arts. 432 al 438 del C.P.P., en ese sentido, corresponde que se declare la nulidad de la resolución impugnada, así como de todas las actuaciones vertidas desde fs. 22 de autos inclusive, debiendo el a quo impetrar el trámite de revisión para aplicar la medida asegurativa más conveniente y acorde con la libertad, para lo cual debe contar con la presencia de un perito que dictamine sobre la medida de aseguramiento acorde con la comunidad Indígena.”

En el caso particular, a partir de la resolución impugnada y resuelta por el tribunal y por tratarse de una nulidad, el juzgado de origen debe apartarse del proceso derivando a otro juzgado de igual carácter a los efectos del saneamiento del proceso además de imprimir los trámites de oficio o impulsados por la defensa para disponer la libertad del Indígena.

CAPÍTULO VI

“LAS NULIDADES PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL: Casos Prácticos.”

1. NOCIÓN

A continuación y para completar la presente obra, se enumeraran –sin agotar todas las hipótesis– los distintos actos procesales que contienen sanciones de nulidad en nuestro ordenamiento procesal, igualmente se deja constancia que en la mayoría de los casos no se citarán en esta parte fallos judiciales, que lo podrán encontrar en la parte final de la obra, que fue prolija y celosamente seleccionada.¹²⁰

En ese sentido, nuestra legislación positiva, ha consagrado el principio de que las normas procesales¹²¹ no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando sean más favorables para el imputado o condenado; igualmente que la inobservancia¹²² de un principio o garantía no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara. Tampoco se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, sobre la base de la violación de un principio o garantía previsto en favor del imputado, salvo cuando él lo consienta expre-

¹²⁰ Y que otros temas trascendentales, serán tratados en la Parte 2, que prontamente será también publicada.

¹²¹ Y esto es así ya que el artículo 14 de la Constitución Nacional, expresa que: “Ninguna Ley tendrá carácter retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o condenado”. Por su parte, el Art. 17 en su inciso 4 reza: “...No se podrá reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal”. El fundamento de la retroactividad procesal regulada, descansa en la dogmática constitucional transcripta.

¹²² Es consecuencia del principio de la acción penal, que una vez promovida no puede suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, salvo aquellos casos que expresamente prevé la ley procesal; como, el acuerdo de fiscales, falta de acusación, facultad del Fiscal General de retractarse de las pretensiones de los fiscales.

samente y que los principios y garantías previstos por este código serán observados en todo procedimiento a consecuencia del cual pueda resultar una sanción penal o cualquier resolución restrictiva de la libertad.¹²³

2. COMPETENCIA

“Artículo 33 del Código Procesal Penal, establece que: “...COMPETENCIA MATERIAL. La competencia en razón de la materia será ejercida por los órganos jurisdiccionales, de conformidad a lo previsto por este código.

Artículo 34. INCOMPETENCIA. La incompetencia por razón de la materia será declarada, aun de oficio, en cualquier estado del procedimiento. Cuando se declare, se remitirán las actuaciones al juez o al tribunal competente y se pondrá a su disposición a los prevenidos.

Sin embargo, el tribunal con competencia para juzgar hechos punibles más graves no podrá declararse incompetente porque la causa pertenece a un juez con competencia para juzgar hechos punibles más leves, cuando la incompetencia sea aducida o advertida durante el juicio.

Artículo 35. NULIDAD. La inobservancia de las reglas para determinar la competencia por razón de la materia producirá la nulidad de los actos, excepto aquéllos cuya repetición sea imposible. Esta disposición no regirá cuando un juez con competencia para conocer hechos más graves haya actuado en una causa correspondiente a otro de competencia menor.

Es dable señalar que nuestro Código Procesal Penal, declara la nulidad absoluta de las actuaciones cuando no se respetan las reglas de la competencia que se encuentran detallados en el artículo 37¹²⁴ de dicho cuerpo normativo, ya que es principio

¹²³ Arts. 11, 12 y 13 del Código Procesal Penal.

¹²⁴ Artículo 37. REGLAS DE COMPETENCIA. Para determinar la competencia territorial de los tribunales, se observarán las siguientes reglas:

constitucional que toda persona tiene derecho a ser juzgado por jueces y tribunales **competentes**, imparciales e independientes.¹²⁵

“Y es que, tanto la Constitución Política, como la Ley especial determinan reglas especiales, a saber: 1) excepción a las reglas de la competencia (puede plantearse ante cualquier Juez de primera instancia e incluso la propia Corte Suprema de Justicia); 2) legitimación procesal (puede presentarse tanto por la persona afectada, como por interpósita persona sin necesidad de poder); 3) mínimas formalidades (reducción de los plazos procesales, aplicación del iura novit curiae, gratuidad, y amplitud de facultades ordenatorias para los órganos jurisdiccionales actuantes).¹²⁶

Entiendo que las cuestiones de competencia, por ser de orden pública, causan la nulidad absoluta de las actuaciones procesales, teniendo en cuenta el principio constitucional citada líneas arriba.

-
- 1) un tribunal tendrá competencia sobre los hechos punibles cometidos dentro de la circunscripción judicial en la que ejerza sus funciones;
 - 2) cuando el hecho punible cometido en territorio extranjero haya producido sus efectos en la República, conocerán los tribunales de la circunscripción judicial de la Capital, aunque el imputado haya sido aprehendido en cualquier otra circunscripción judicial del país. De igual modo se procederá, cuando el hecho punible cometido en el extranjero pueda ser sometido a la jurisdicción penal de los tribunales de la República, de acuerdo a los casos previstos en el código penal o en leyes especiales;
 - 3) cuando el hecho punible haya sido cometido en los límites de dos circunscripciones judiciales, será competente el tribunal que haya prevenido en el conocimiento de la causa;
 - 4) cuando el lugar de comisión del hecho punible sea desconocido, será competente el tribunal de la circunscripción judicial dentro de cuyo territorio haya sido aprehendido el imputado, a menos que haya prevenido el tribunal de la circunscripción judicial donde resida. Si, posteriormente, se descubre el lugar de comisión del hecho punible, continuará la causa el tribunal de este último lugar, salvo que con ello se produzca un retardo procesal innecesario o se perjudique a la defensa;
 - 5) cuando el hecho punible haya sido preparado o iniciado en un lugar y consumado en otro, el conocimiento corresponderá al tribunal de este último lugar; y
 - 6) los jueces de ejecución tendrán competencia territorial conforme a la distribución y reglamentación dispuestas por la ley, o en su defecto, las establecidas por la Corte Suprema de Justicia.

¹²⁵ Art. 16 de la Constitución Nacional.

¹²⁶ (**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia del Paraguay, sala penal. **Fecha:** 25/01/2011. **Partes:** Habeas Corpus Genérico en la causa Koenders, Christina Anna Josepha María. (Ac. y Sent. N° 6)

3. ACTOS PROCESALES:¹²⁷

a. USO DE IDIOMAS OFICIALES

El Artículo 115 del Código Procesal Penal, establece que: “En los actos procesales solo podrán usarse, **bajo pena de nulidad**, los idiomas oficiales, con las excepciones establecidas por este código”, igualmente legisla que en las presentaciones escritas se usará el idioma castellano. Asimismo, las actas serán redactadas en dicho idioma, sin perjuicio de que las declaraciones o

¹²⁷ En el anteproyecto del Código Procesal Penal se lee cuanto sigue: “La carencia de un libro que centralice todo lo relativo a los actos efectuados por los que intervienen en las distintas etapas del procedimiento, ha sido una de las razones por las que hemos considerado conveniente integrar todas las reglas –hoy diseminadas– que regulan cuestiones propias al trámite y conformarlas homogénea y coherentemente. En este sentido, conviene recordar que el actual Código de Procedimientos Penales sólo contempla como cuestiones propias de la actividad procesal a las comunicaciones y notificaciones; a los “términos” judiciales; a la rebeldía o contumacia; para luego confundirlas entre las normas relativas al sumario y a las pruebas. En consecuencia y apoyándonos en nuestra práctica judicial, estructurar un libro que abarque estas cuestiones con más precisión, nos ha parecido que facilitará el trabajo de los abogados y jueces. No obstante, podemos decir que además de la unificación de normas, el Libro Segundo del Anteproyecto, se aparta de connotaciones formalistas muy vinculadas con los aspectos inquisitivos y escriturizados, que han provocado no pocas veces, confusiones con las reglas aplicables al procedimiento civil. Si bien se puede decir que no se incorporan elementos esencialmente diferentes a los de toda la legislación procesal moderna e, incluso, a muchas instituciones ya existentes, todo el libro se basa en un espíritu diametralmente distinto a la actual práctica tribunalicia, demasiado acostumbrada a la declaración de nulidades por defectos corregibles fácilmente, con un poco de imaginación y otro tanto de buena voluntad. Según la metodología que hemos adoptado, en este libro se hallan todas las condiciones positivas, que hacen a la regularidad de los actos procesales y luego su contracara que es la actividad procesal irregular o defectuosa que desencadenará, cuando ya sea imposible el saneamiento y no se trate de casos de convalidación, la declaración de nulidad. Esa irregularidad que es sinónimo de la normalidad procesal, se circunscribe, a la forma de expresión de los actos –el idioma–; la materialización de la expresión idiomática –las actas y las audiencias– el ámbito en el que se deberán desarrollar los actos (el lugar, la forma de comunicación entre las autoridades –sean nacionales o extranjeras–; el tiempo que razonablemente dispondrán para cumplir con los actos –plazos y duración del proceso–; y las condiciones instrumentales para la preservación del principio de bilateralidad o contradicción –las notificaciones, citaciones y emplazamientos. La Constitución Nacional ha declarado que los idiomas oficiales son el castellano y el guaraní. En consecuencia, como resultado de esta norma se prevén las distintas opciones que podrá usufructuar el juez penal para adoptar lo necesario a fin de llevar adelante la actividad procesal. También la oralidad es una de las incorporaciones que provoca nuevas formas de actividad procesal, tales como la obligación que tienen los jueces que al dictar sentencia, la misma debe ser leída en castellano y explicar su contenido en guaraní. En esa misma dirección, la lectura de las resoluciones y sentencias en las audiencias orales provoca inmediatamente notificación de los intervinientes.

interrogatorios se realicen indistintamente en uno u otro idioma. Para constatar la fidelidad del acta, el declarante tendrá derecho a solicitar la intervención de un traductor de su confianza, que firmará el documento en señal de conformidad.

En las audiencias orales se podrá usar indistinta o simultáneamente uno u otro idioma. Si alguna de las partes, los jueces, los declarantes o el público no comprenden con facilidad alguno de los idiomas oficiales, el juez o tribunal **nombrará un intérprete común**. Si no es posible nombrar un intérprete común sin retardar el procedimiento, se nombrará de entre los presentes a un intérprete de buena fe, para que facilite la comunicación entre todos los participantes de la audiencia o del juicio.¹²⁸

En ese sentido, el Tribunal de Sentencia de la Capital, en la causa “MARTINEZ MENDI PAVAO, JOSE NOVAES CHIMENES, RAFAEL Y OTROS S/ POSESION DE TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES, ASOCIACION CRIMINAL Y LAVADO DE DINERO”, *resolvieron que*:

“Debe hacerse lugar al incidente de nulidad parcial de la acusación por defecto formal de la actuación procesal de declaración indagatoria sin presencia de intérprete planteado por dos procesados extranjeros cuando en la declaración indagatoria prestada no consta que el Ministerio Público haya hecho constar que los declarantes comprendían o hablaban fluidamente los idiomas nacionales, pese a que desde el principio quedó claro que eran ciudadanos de un país que no comparte nuestro idioma.

Es procedente hacer lugar al incidente de nulidad parcial de la acusación por defecto formal de la actuación procesal de declaración indagatoria sin presencia de intérprete planteado por dos procesados extranjeros cuando no puede exigirse que reclame sus derechos a quien no conoce el idioma.

¹²⁸ Art. 116 del Código Procesal Penal

Corresponde hacer lugar al incidente de nulidad parcial de la acusación por defecto formal de la actuación procesal de declaración indagatoria sin presencia de intérprete planteado por dos procesados extranjeros cuando ningún testigo pudo aportar elementos que acrediten fehacientemente que los hoy acusados comprendían los idiomas nacionales.

Cabe hacer lugar al incidente de nulidad parcial de la acusación por defecto formal de la actuación procesal de declaración indagatoria sin presencia de intérprete planteado por dos procesados extranjeros cuando el derecho a un intérprete es irrenunciable e inherente a la persona, dado que éstos no declararon conocer el idioma nacional.

Debe hacerse lugar al incidente de nulidad parcial de la acusación por defecto formal de la actuación procesal de declaración indagatoria sin presencia de intérprete planteado por dos procesados extranjeros cuando el Ministerio Público se opuso a la intervención de un intérprete alegando que no le constaba la nacionalidad de los procesados, lo que implica un incumplimiento de su deber de correcta identificación de los procesados...".¹²⁹

b. REDACCIÓN DE LA SENTENCIA

Nuestro Código Adjetivo, establece que: "La sentencia será redactada en idioma castellano. Sin embargo, luego de su pronunciamiento formal y lectura, el tribunal deberá ordenar, en todos los casos, que el secretario o la persona que el tribunal indique, explique su contenido en idioma guaraní".¹³⁰

En cuanto a su forma y contenido se establece que son requisitos esenciales de toda resolución judicial el **lugar y fecha** en que se dictó y la **firma**¹³¹ de los jueces intervinientes e igualmente

¹²⁹ S.D. N° 29 de 14/09/2010

¹³⁰ Art. 18 C.P.P.

¹³¹ En el Acuerdo y Sentencia Nro. 111 del 20 de mayo de 1998, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentenció que: "...la particularidad que exhibe esta resolución, es la

que deberán contener una clara y precisa fundamentación de la decisión¹³². La fundamentación¹³³ expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación.¹³⁴

Es dable señalar que la **fundamentación**¹³⁵ consiste en que el Juez en lo Penal o Tribunal de Sentencia o Apelaciones debe dar una base razonable a su propia convicción, con la finalidad de convencer, a su vez, que la resolución que se adopta es la que corresponde al caso.

que aparece suscrita sólo por dos miembros del citado órgano, a la que acompaña la firma de un miembro de un Tribunal de Apelación al pie de cuya firma se lee la mención. En virtud a lo dispuesto por resolución Nro. 789 de fecha 16 de agosto de 1996. Esta singular decisión –por decir lo menos– plantea diversas cuestiones cuyo tratamiento individualizada trataremos de explicar a continuación. De inicio, sin embargo, señalo la irregularidad manifiesta de esta resolución. Para mí ella es nula por las razones que expreso seguidamente, pero básica y fundamentalmente por haberse apartado de la Constitución y de la Ley. En efecto, la Constitución como ley reglamentaria respectiva, hablan de que las decisiones de este órgano constitucional serán adoptadas por el “Tribunal”, expresión que, de otra manera inequívoca no permite otra interpretación que la de que las mismas deben ser adoptadas por la totalidad de sus miembros. En otras palabras, donde se lee “el Tribunal” no puede leerse la mayoría de sus miembros o cualquiera de sus miembros”.

¹³² En el Acuerdo y Sentencia Nro. 186 de fecha 17 de abril de 1997, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, manifestó que: “...es una decisión notoriamente arbitraria e ilegal. Es arbitraria porque hace lugar a un “incidente de impugnación de pruebas” **sin fundarlo en ninguna disposición legal** ni mucho menos a brindado las motivaciones de su decisión. El tribunal en mayoría no dice porqué deben desglosarse diversos documentos cuya agregación fue dispuesta en función a una providencia anterior ejecutoriada. Al hacerlo así, simplemente ha violado las normas del debido, se ha pronunciado con arbitrariedad, pues la decisión sobre el artículo es producto de su exclusivo arbitrio...”.

¹³³ La fundamentación que alude la norma abarca incuestionablemente todo el proceso, vale decir, desde los actos iniciales del juicio oral y público, hasta el último acto procesal practicado, acompañado de sus respectivas valoraciones e implicancia en la investigación de los hechos punibles.

¹³⁴ Art. 125 C.P.P.

¹³⁵ La fundamentación torna posible, cuando la decisión es revisada por un Tribunal superior o por la Sala Penal o Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la verificación sobre si es conforme a los hechos y al derecho, y también, en cierta manera, sobre todos los hechos de repercusión pública, que se aprecia cuál es la conducta de sus jueces.

Esa motivación va incluida en lo que se llama “considerando” de la resolución, donde el Juez debe explicar el porqué de la decisión, la cual, como acto de voluntad, se concreta en la “parte dispositiva”.¹³⁶

En ese sentido, la falta de fundamentación de la resolución judicial, causa la nulidad absoluta de las resoluciones judiciales, y así lo ha sostenido en reiterados fallos la Sala Penal y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Igualmente son causales de nulidad, las relativas al objeto del fallo, como ser:

1. Omitir decidir cuestiones planteadas.¹³⁷
2. Decidir cuestiones no planteadas.¹³⁸
3. Falta de independencia e imparcialidad.¹³⁹

Y, otras cuestiones que serán tratadas en forma más detalladas en el segundo tomo del libro, al desarrollar los fallos de la

¹³⁶ Es un deber constitucional (Art. 256) que el Juez o Tribunal en lo Penal deberá indicar el valor que se le otorga a los medios de pruebas. En efecto, igualmente el art. 281, párrafo final, del C.P.P. que dice “...las actuaciones del cuaderno de investigación no tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado”, salvo el caso del anticipo jurisdiccional de prueba, practicando con arreglo de las disposiciones pertinentes que regla la materia.

¹³⁷ “Las resoluciones dictadas por el Tribunal deben ser consideradas como arbitrarias por cuanto han omitido el examen y decisión de uno de los puntos debatidos que sirvieron de fundamento al Juez de la instancia anterior para el rechazo de la acción”. (SALA CONSTITUCIONAL, S.D. Nro. 430/00)

¹³⁸ “Las sentencias hoy atacadas de inconstitucionalidad son incongruentes ya que los juzgadores fallaron más allá de lo peticionado por la parte actora en su escrito inicial. Nos encontramos ante una sentencia, tanto en primera como segunda instancia, incongruente por **ultra petitum**. El principio de congruencia consiste en la obligada conformidad de la sentencia con la demanda en cuanto a las personas, el objeto y la causa. El Juez no puede apartarse de los términos en que ha quedado planteada la litis en la relación procesal...”(SALA CONSTITUCIONAL, S.D. Nro. 1635/2004).

¹³⁹ Artículo 3 del Código Procesal Penal. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD. Los jueces serán independientes y actuarán libres de toda injerencia externa, y en particular, de los demás integrantes del Poder Judicial y de los otros poderes del Estado. En caso de injerencia en el ejercicio de sus funciones, el juez informará a la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia. Cuando provenga de la propia Corte Suprema de Justicia o de alguno de sus ministros, el informe será remitido a la Cámara de Diputados. Los jueces valorarán en su decisión tanto las circunstancias favorables como las perjudiciales para el imputado, con absoluta imparcialidad.

Excma. Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la decisión de nulidades procesales.

c. FORMAS DE LOS ACTOS PROCESALES

Nuestro Código Procesal, también reza que los actos procesales se cumplirán en días y horas hábiles, sin perjuicio de las habilitaciones que señale el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, cuando lo estime necesario,¹⁴⁰ y en cuanto al lugar establece que el juez o tribunal podrá constituirse en cualquier lugar del territorio nacional, para la realización de los actos propios de su función. Cuando se trate de un hecho que haya tenido repercusión local, o el tribunal lo estime prudente, se procurará realizar el juicio en la localidad donde el hecho punible se cometió, siempre que con ello no se dificulte el ejercicio de la defensa, se ponga en riesgo la seguridad de los intervinientes o se pueda producir una alteración significativa de la tranquilidad pública. En estos casos, el secretario del tribunal acondicionará una sala de audiencia apropiada y solicitará a las autoridades que le presen el apoyo necesario para el normal desarrollo del juicio.¹⁴¹

Como habíamos visto, la primera regla de los actos procesales es que se asienten en castellano. La otra regla mencionada precedentemente es que su diligenciamiento se cumplirá los **días y horas hábiles**; sin señalar cuáles son esos días y horas hábiles.¹⁴²

¹⁴⁰ Art. 120 C.P.P.

¹⁴¹ Art. 121 C.P.P.

¹⁴² Y justamente contestar esa interrogante, y ante las varias interpretaciones que se dan sobre días y horas hábiles, a dado pie a varias presentaciones de nulidad de actos procesales, por lo que corresponde que la jurisprudencia sea pacífica y uniforme en ese sentido, para evitar las chicanas jurídicas, de allí la importancia de establecer el tiempo en los actos procesales, para dar seguridad jurídica a las partes. De lo contrario se entendería que no está previsto día y hora hábil, por ello, en todos los casos debería de habilitarse, circunstancia que no podría concebirse.

No obstante, en función del principio de concentración, característica del código procesal penal (Art. 373) determina que las audiencias se realizarán sin interrupción, durante todas las decisiones consecutivas que sean necesaria hasta su terminación. Por otro lado, es necesario dejar bien en claro que las diligencias iniciadas en día y hora hábil, podrán llevarse hasta su fin en tiempo inhábil sin necesidad de que se decrete la inhabilitación.

En otro orden de cosas, el lugar de los actos procesales, en principio, es la sede del Poder Judicial, lo que no impide que se realicen fuera de ese recinto, como por ejemplo, cuando se tenga que practicar inspección ocular, reconstrucción de los hechos, etc.

En la mayoría de los casos, en donde un hecho de gran conmoción para la comunidad, generalmente el Tribunal de Sentencia se constituye en dicho lugar para la substanciación del Juicio Oral y Público.

d. ACTAS¹⁴³

Con relación a la redacción de las actas¹⁴⁴ de procedimientos, nuestro código procesal, legisla cuanto sigue:

“Las diligencias que deban asentarse en forma escrita, contendrán, bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las formalidades previstas para actos particulares: 1) la mención del lugar, la fecha, y en los casos de diligencias horarias, la hora; 2) cuando se trate de actos sucesivos llevados a cabo en un mismo lugar o en distintas fechas o lugares, la mención de los lugares, fechas y

¹⁴³ En la causa caratulada “Recurso extraordinario de casación interpuesta por el Abogado Rubén S. Moreno Diana en los autos Anastasio Ramirez Gonzalez y otros s/ Hechos punibles contra la vida, la integridad física y la propiedad de las personas en Capiibary”, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolvió: “El tribunal de sentencia incurrió en un *error in procedendo* al admitir pruebas (actas de procedimientos policiales) producidas en sede policial sin intervención del Ministerio Público ni de la defensa, y siendo que el acto viciado influyó de manera decisiva en la sentencia, corresponde hacer lugar al recurso de casación y ordenar la reposición del juicio por otro Tribunal de Sentencia...”.

¹⁴⁴ Art. 122 C.P.P.

horas de su continuación o suspensión; y, 3) la firma de todos los que participaron en el acto, dejándose constancia de las razones de aquel que no la firme, o del que lo hace a ruego o como testigo de actuación. Salvo disposición específica, la omisión de estas formalidades sólo priva de efectos al acta, o torna invalorable su contenido, cuando ellas no puedan ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos de prueba. Los secretarios confeccionarán las actas, las cuales carecerán de valor sin su firma. Si el secretario no se encuentra y no se puede demorar el acto, el juez hará firmar el acta por un testigo de actuación. Las actas que labre el Ministerio Público, llevarán la firma del funcionario que practique el acto...”.

Esta norma procesal, deberá analizarse siempre en concordancia con los artículos 30, 92, 93, 99, 179 último párrafo, 184, 191 último párrafo, 199, 213 último párrafo, 219, 230 último párrafo, 279, 289, 297 último párrafo, 302, 318, 370, última parte, y, 371 del Código Procesal Penal.

Se debe señalar también que las actas a ser labradas con motivo del cumplimiento de diligencias deberán contener ciertos requisitos o presupuestos, so pena de nulidad en el caso de inobservancia tanto por las partes como también por el órgano jurisdiccional: tales exigencias consisten en hacer constar en forma expresa en el acta respectiva el lugar, la fecha, y en los casos de diligencias horarias, la hora que se llevó a cabo; así también, cuando se trata de actos sucesivos realizados en un mismo lugar o en distintas fechas o lugares, la mención de los lugares, fechas y horas de su continuación o suspensión, y por último, es obligación del Juez o tribunal hacer constar en forma correcta, clara y precisa la firma de todos los que participaron en el acto, dejándose constancia de las razones de aquel que no la firme, o del que lo hace a ruego o como testigo de actuación, presupuestos estos que se hallan debidamente contemplados en el Art. 122 del código.

Es dable señalar que es deber de los secretarios o actuarios judiciales confeccionar las actas, las cuales carecerán de valor si su firma.

De igual modo establece el código que el acta labrada por el Ministerio Público deberá llevar la firma de dicho funcionario, de tal manera a que lo actuado adquiriera plena validez y pueda, a la vez, producir todos sus efectos jurídicos.

“...Sobre este punto no existe duda alguna. 2) sea necesaria la presencia del imputado y existan hechos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible; y, se observa que el imputado, según **acta** de procedimiento y de testigos han mencionado su participación del hecho punible del que ha sido imputado. 3) cuando por la apreciación de las circunstancias del caso particular, existan hechos suficientes para suponer la existencia de peligro de fuga o la posible obstrucción por parte del imputado de un acto concreto de investigación...”¹⁴⁵.

En ese sentido, las actas de procedimiento que se redactan en la sede del Ministerio Público, para que sean válidas deberán cumplir con todos los requisitos establecidos en la norma citada precedentemente, y cuidar por sobre todo las solemnidades procesales y respetar las garantías constitucionales para que pueden ser introducidas por su lectura en la substanciación del Juicio Oral y Público.

En ese sentido, que carecen de valor las actas celebradas por los agentes policiales o de otras instituciones sin la dirección del Ministerio Público, y así lo ha resuelto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Tribunal de Apelación de FERIA, Asunción. Cano Diaz, Juan Luis y otro s/ Robo agravado y otro. (A. I. N° 7). 10/01/2011

¹⁴⁶ “...los informes policiales, citados por Tribunal de Sentencia como prueba en el presente juicio, consisten en una reconstrucción de los hechos llevada a cabo sin intervención del Ministerio Público, por lo que carecen de valor, al violar el principio constitucional de que la po-

Para los que no tienen práctica judicial –en especial los estudiantes de derecho– se da un ejemplo de redacción de acta de denuncia ante el Ministerio Público.

licía no puede efectuar investigaciones carentes de dirección judicial...” (Acuerdo y Sentencia Nro. 1012/2002. Voto del Dr. Felipe Santiago Paredes).



Ministerio Público

Nro. Registro: 910019

GEFIR001

SMARTINEZ

FORMULARIO DE INGRESO DE CAUSA

17/02/2015 11:59:24

Pág. 1 de 2

Unidad Fiscal Asignada
ORDINARIA NRO. 4
ZONAL SAN ESTANISLAO
MARIA LUJAN ESTIGARRIBIA MARIN

Código de Identificación de Causa

Circuns.	Jurisdicción	Origen	Fiscalía	Año	Nro. Causa
7	1	1	3	2015	338

Origen: POLICIA NACIONAL Tip. Denuncia: DENUNCIA POLICIAL Fecha Recepción: 17/02/2015 Hora Recepción: 11:51
 Fecha Hecho: 16/02/2015 Hora Hecho: 20:30 Localidad: SAN ESTANISLAO Lug. Refer: VIA PUBLICA
 Dir. Hecho:
 Barrio:
 Referencia: AVDA. MCAL. LOPEZ O'BOQUERON - CENTRO DE SANTANI-
 Caratula: EDUARDO DAVALOS BENITEZ s/ intervenciones peligrosas en el tránsito terrestre

HECHO PUNIBLE

Artículo
216

Intervenciones peligrosas en el tránsito terrestre

DATOS DEL DENUNCIADO

Nombre y Apellido	Alias	Nro. Doc	Edad	Tel.	Sit. Procesal	Tip. Privación	Derivado a
EDUARDO DAVALOS BENITEZ		6230597	22		SOSPECHADO		
Dpto	Ciudad	Barrio	Nro. Casa	Dirección			
SAN PEDRO	SAN ESTANISLAO			TACUARA-			

DENUNCIANTE, QUERELL

Nombre y Apellido	Alias	Nro. Doc.	Edad	Telefono	Atendido en
CRIA. BVA. SAN ESTANISLAO-DPTO. SAN PEDRO					
Departamento	Ciudad	Barrio	Dirección	Nro. Casa	
Nro. Querella	Fecha. Querella	Representa a			

VICTIMA

Nombre y Apellido	Alias	Nro. Doc.	Edad	Telefono	Atendido en
NATALIA SALINAS ARHEHS		5944237	18		
Departamento	Ciudad	Barrio	Dirección	Nro. Casa	
SAN PEDRO	SAN ESTANISLAO		BARRIO SAN AGUSTIN-		
Nro. Querella	Fecha. Querella	Representa a			

Firma del Funcionario Receptor: _____ Firma del Denunciante: _____
 Aclaración: SALMA SABINA MARTINEZ FRANCO Aclaración: CRIA. BVA. SAN ESTANISLAO-DPTO. SAN PEDRO

LA CALIFICACION JURIDICA REALIZADA POR LA OFICINA DE DENUNCIAS CON RELACION AL HECHO ES PROVISORIA, PUDIENDO EL AGENTE FISCAL, MODIFICARLA O AMPLIARLA, SEGUN RESULTE DE LA INVESTIGACION.-

CODIGO PROCESAL PENAL

Artículo 68.- Derechos de la víctima

La víctima tendrá derecho a:

- 1- Recibir un trato digno y respetuoso, que se hagan mínimas sus molestias derivadas del procedimiento, la salvaguarda de su intimidad en la medida en que no obstruya la investigación y a la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que dependan en su interés, a través de los órganos competentes;
- 2- Intervenir en el procedimiento penal, conforme con lo establecido por este código;
- 3- Ser informada de los resultados del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;
- 4- Ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; y
- 5- Impugnar la desestimación o el sobreseimiento definitivo, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento como querelante.

La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento.

Artículo 313.- Archivo Fiscal

Si no se ha podido individualizar al imputado, el Ministerio Público podrá disponer por sí mismo, fundadamente, el archivo de las actuaciones. La investigación podrá ser reabierta en cualquier momento y el plazo para formular el requerimiento fiscal se computará desde la reapertura de la causa.

El archivo se notificará a la víctima que haya realizado la denuncia y solicitado ser informada y ella podrá objetar el archivo ante el juez penal, solicitando una ampliación de la investigación, indicando los medios de prueba practicables o individualizando al imputado. Si el juez admite la objeción ordenará que prosiga la investigación.

LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Art. 9 Información a la víctima.

El Ministerio Público se informará sobre la situación y los reclamos de la víctima de un hecho punible y, a su requerimiento, les informará sobre la marcha y el resultado de su investigación sobre el estado del proceso.



Ministerio Público

Nro. Registro: 910019

GEFIR001

SMARTINEZ

FORMULARIO DE INGRESO DE CAUSA

17/02/2015 11:59:24

Pág. 2 de 2

Art. 31 Informe a la víctima.

En todos los casos en los que los jueces acepten la aplicación de un principio de oportunidad, resuelvan la suspensión condicional del procedimiento o un sobreseimiento definitivo, los agentes fiscales a cargo comunicaran la resolución a la víctima.

4. PLAZOS PROCESALES¹⁴⁷

Nuestra norma establece que los actos procesales serán cumplidos en los plazos¹⁴⁸ establecidos. Los plazos legales y judiciales serán perentorios e improrrogables y vencerán a las veinticuatro horas del último día señalado, salvo que la ley permita su prórroga o subordine su vencimiento a determinada actividad o declaración de voluntad. Los plazos determinados por horas comenzarán a correr inmediatamente después de ocurrido el acontecimiento que fija su iniciación, sin interrupción. Los plazos determinados por días comenzarán a correr al día siguiente de practicada su notificación. A estos efectos, se computarán sólo los días hábiles, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario o que se refiera a medidas cautelares, caso en el cual se computarán días corridos. Los plazos comunes comenzarán a correr a partir de la última notificación que se practique a los interesados.¹⁴⁹

En ese sentido se tiene que el artículo 139 del Código Procesal Penal, en forma categórica y clara establece que:

“PERENTORIEDAD EN LA ETAPA PREPARATORIA¹⁵⁰.

¹⁴⁷ El plazo está instituido en el Código Procesal Penal como una garantía para las partes. Inspirado en el principio del plazo razonable se establecen plazos máximos de duración del procedimiento ordinario y la etapa preparatorio, facultándose a las partes a disponer del plazo conforme al principio de Utilidad o Instrumentabilidad. Es decir, a racionalizarse la utilización del tiempo durante el proceso. Según este principio los plazos puede abreviarse (Art. 130) o reponearse según el caso a través de la prórroga ordinaria o extraordinaria (Arts. 134, 325 y 326)

¹⁴⁸ En cuanto a los plazos y siempre atendiendo al criterio de celeridad que debe presidir la actividad procesal, se abandona el carácter rígido de que todos ellos son de “orden público”. Otros aspectos relevantes a ser tenido en cuenta es la incorporación de un novedoso y estricto régimen legal para el control legal de la duración del procedimiento. La actividad propia de las causas penales se sustenta en el principio de continuidad o concentración procesal. Una forma conveniente de optimizar este objeto se podrá dar a través de la determinación de plazos máximos de duración del procedimiento, para lo cual se propone cláusulas fuertes que atacan frontalmente el problema de la morosidad judicial.

¹⁴⁹ Art. 129 del Código Procesal Penal.

¹⁵⁰ El principio de perentoriedad de la etapa preparatoria se encuentra sustentado en las normas del Pacto de San José de Costa Rica, el cual nuestro País ha ratificado, y que por lo tanto es derecho vigente, en su artículo 8 inc. 1, establece: “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de **un plazo razonable**...en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...”. Se podría discutir cuanto tiempo es un plazo razona-

Cuando el Ministerio Público no haya acusado ni presentado otro requerimiento en la fecha fijada por el juez, y tampoco haya pedido prórroga o ella no corresponda, el juez intimará al Fiscal General del Estado para que requiera lo que considere pertinente en el plazo de diez días. Transcurrido este plazo sin que se presente una solicitud por parte del Ministerio Público, el juez declarará extinguida la acción penal, sin perjuicio de la responsabilidad personal del Fiscal General del Estado o del fiscal interviniente...”.¹⁵¹

Este artículo deberá interpretarse en concordancia con el artículo 25 inc. 4 del Código Procesal Penal.

La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que sí o sí debe remitirse al Fiscal General del Estado o al Fiscal Adjunto del Área respectiva, las actuaciones procesales para que presente el requerimiento respectivo, si es que no lo hace dentro del plazo establecido, ahí recién se podrá decretar la extinción de la causa, es decir, el hecho de que el Ministerio Público no presente la acusación respectiva, no habilita al Juez Penal de Garantías a declarar la extinción de la causa.¹⁵²

ble, pero no existen dudas de que el proceso penal debe tener un límite preciso de duración máxima (4 años). Para el cálculo de esa razonabilidad se ha tomado en cuenta la duración mínima prevista en las distintas etapas de las que consta el proceso penal y se ha considerado que durante bastante tiempo seguirá pesando una carga de arrastre. De este modo el plazo de cuatro años no parece ilusorio y hasta se podría discutir si no es excesivo. De todos modos es un plazo de excepción, salvo que la fuga del imputado impida la prosecución del procedimiento. Aún, si existen investigaciones complejas, cuatro años es un tiempo razonable y el Ministerio Público debe reaccionar frente a ellos aumentando los recursos afectados a la investigación y no abusando del tiempo.

¹⁵¹ En definitiva, la eficiencia de la administración de los plazos, regulados razonablemente, con miras a lograr celeridad, concentración y economía en el procedimiento penal es una de las bases mismas que sustentan el andamiaje de las garantías constitucionales y esperamos que la imposición de cargas pesadas, que muestren resultados concretos en casos de morosidad, será una fuente de reencauzamiento del proceso penal que devolverá credibilidad hacia la función de los jueces. No queremos ni debemos pretender que la frase “justicia pronta y barata” sea un simple recurso retórico tan manoseado como olvidado.

¹⁵² Así lo ha resuelto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la causa caratulada: “RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN, INTERPUESTO POR EL ABOG. ABDEL

Igualmente, con relación al cómputo del término en el proceso penal, duración del procedimiento penal, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido entre otras cosas que:

“...Del examen de la cuestión planteada, es fundamental destacar que de conformidad, al principio de UTILIDAD o INSTRUMENTABILIDAD, los plazos procesales se aplican conforme a criterios de razonabilidad. Siendo establecidos por el legislador, para que el Estado a través de sus órganos, pueda ejercer efectivamente la persecución penal dentro de un plazo razonable que no se prolongue indefinidamente, vulnerando el derecho del justiciable de tener una respuesta cierta sobre su situación procesal, en un plazo definido.

En este contexto se han establecido plazos máximos de duración (del procedimiento, de la etapa preparatoria, de la prisión preventiva, etc.) cuyo incumplimiento genera repercusiones procesales y personales. Por un lado, produce efectos sobre el procedimiento al precipitar la extinción de la acción y paralización en consecuencia de toda actividad persecutoria del Estado con la desvinculación del proceso por sobreseimiento definitivo (Art. 359 inc. 3 del Código Procesal Penal). Asimismo, habilita la posibilidad de que las partes afectadas por el incumplimiento interpongan acciones contra el funcionario negligente (Fiscal, Juez, Tribunal) que deriven en una destitución por mal desempeño, e inclusive demanda por daño.

Ante consecuencias legales tan drásticas, y a los efectos de evitar que interpretaciones equivocadas conduzcan a la impunidad, se impone recurrir a un minucioso análisis de la aplicación de los plazos procesales establecidos en el Código Procesal Penal.

ALBERTO LAMARQUE EN LOS AUTOS CARATULADOS: CLAUDIO ENDLER TROMPETA s/ SUPUESTO HECHO PUNIBLE DE LESIÓN DE CONFIANZA EN ESTA CIUDAD”, Acuerdo y Sentencia Nro. 747 de fecha 18 de junio del 2.003.

En efecto, se debe recordar que el **primer acto realizado por el Fiscal o el Juez una vez conocido el hecho comunicado por la Policía** o a través de la denuncia o querrela, pone en movimiento el proceso penal. Asimismo, el plazo es considerado como una garantía en virtud de la cual toda persona sometida a un proceso penal, tiene derecho a contar con una decisión definitiva dentro de un plazo razonable. El Código Procesal Penal establece el plazo de cuatro años como el tiempo máximo de duración del procedimiento. Dicho plazo se empieza a contar desde el primer acto del procedimiento. Pero no se debe confundir la forma de computar dicho plazo con la forma de computar el plazo de duración de la etapa preparatoria (seis meses).

La etapa preparatoria dura seis meses.

El plazo comienza a correr desde el primer acto del procedimiento realizado por el Fiscal una vez en conocimiento del hecho punible, dirigido en forma directa contra una persona determinada como imputado, la cual se puede materializar de dos maneras:

Acta de imputación: en la que de conformidad con el Art. 302 se debe individualizar a una persona física a la que se atribuye el hecho punible, haciendo una relación sucinta del mismo y solicitando al mismo tiempo que el Juez fije plazo para acusar.

Acto de coerción personal y directo y efectivo contra una persona física determinada, a la que posteriormente se dirija la imputación formal prevista en el Art. 302. Es decir que mientras el fiscal no haya formulado Acta de Imputación y tampoco haya ejercido un acto de coerción directa contra determinadas, **NO EMPIEZA A CORRER EL PLAZO** de duración de la etapa preparatoria. Por consiguiente, si el Fiscal ha iniciado la investigación, realizando diversos actos investigativos sin señalar a nadie, pero no ha imputado aún, no ha convocado a **indagatoria o decretado la detención efectiva de persona alguna**, no corren el plazo, sino recién cuando formula imputación individualizando a una per-

sona y el Juez fija fecha para acusar.¹⁵³; no sin antes de habersele puesto a conocimiento de la persona sujeto a proceso y notificado en debida y legal forma.

Y finaliza sosteniendo que:

“Como opera el plazo máximo de 4 (cuatro) años de duración del procedimiento ordinario: A partir del primer acto del procedimiento, luego de la comunicación dentro del plazo de 6 (seis) horas, empieza a correr dicho plazo.

Cómo opera el plazo máximo de 6 (seis) meses de duración de la etapa preparatoria: A partir del momento de la formulación del Acta de Imputación en el caso que no se haya ejercido antes un acto de coerción directo y efectivo contra persona física determinada e individualizada...”¹⁵⁴

Sin embargo este criterio sostenido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha variado, tal como se aprecia con el fallo que se transcribe a continuación:

“A partir de la formulación del acta de imputación, el plazo de duración de la etapa preparatoria (seis meses) debe computarse desde el momento que quede firme la providencia o resolución que admita la imputación y fije judicialmente el plazo que le queda al fiscal para acusar, disponiendo su notificación al imputado.

No se debe asimilar el inicio del procedimiento con el de la etapa preparatoria, a los efectos del cómputo del término de duración de ésta.

En pronunciamientos anteriores (Acuerdo y Sentencia Nro. 632, 5/10/2001), la Corte Suprema de Justicia ha adoptado el

¹⁵³ “RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL FISCAL EBER OVELAR EN LOS AUTOS: MINISTERIO PUBLICO c/ NELSON ZENON GONZALEZ s/ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO-CORONEL OVIEDO”. Acuerdo y Sentencia Nro. 632 de fecha 5 de octubre de 2001, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁵⁴ Recurso Extraordinario de Casación. Apuntes prácticos para su implementación y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pag. 205.

criterio de que el plazo de duración de la etapa preparatoria (seis meses) empieza a correr desde el primer acto del procedimiento realizado por el fiscal, una vez que entra en conocimiento del hecho punible, dirigido en forma directa contra una persona determinada, lo cual se materializa a partir de la formulación del Acta de imputación, en el caso de que no se haya ejercido antes un acto de coerción directa y efectivo (por ejemplo, medida cautelar personal, declaración indagatoria, etc.). En ausencia de estos actos procesales, el plazo de duración de la etapa preparatoria no empieza a correr.

El art. 324 del Código Procesal Penal, que se refiere a la duración máxima de la etapa preparatoria, se aplica cuando ya se ha producido la fijación del plazo, sea por la realización del acto coercitivo directo y efectivo contra una persona determinada o por la formulación de la imputación, una vez firme la resolución que la tenga por recibida y notificada.

El primer acto realizado por el fiscal o el juez una vez conocido el hecho punible pone en movimiento el proceso penal, pero no debe ser asimilado al inicio de la etapa preparatoria, dado que esta referencia solo tiene relevancia en cuanto a la duración máxima del procedimiento, pues dicho plazo es considerado como una garantía en virtud de la cual toda persona sometida a un proceso penal tiene derecho a contar con una decisión definitiva en un plazo razonable...".¹⁵⁵

4. DEBERES DEL MAGISTRADO JUDICIAL EN EL PROCESO PENAL

El Artículo 42 del Código Procesal Penal, establece que:

¹⁵⁵ RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION INTERPUESTO POR LA FISCAL ABOG. ESTELA DE LA CRUZ MARTINEZ MAIDANA, EN LOS AUTOS: HECHO PUNIBLE CONTRA EL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS (ROBO) EN LA EMPRESA INDUSTRIALIZADORA GUARANI S.A.. Acuerdo y Sentencia Nro. 566 de fecha 8 de mayo del 2002, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

“Los jueces penales¹⁵⁶ serán competentes **para actuar como juez de garantías¹⁵⁷ y del control de la investigación**, conforme a las facultades y deberes previstos por este código...”.

Conforme a la redacción del presente artículo es fácil corroborar la singular importancia de esta figura jurisdiccional, en efecto, es el encargado de controlar y garantizar la natural y regular tramitación en la etapa investigativa o preparatoria, ejerciendo el control a la vez de la Acusación del Ministerio Público y de la querrela adhesiva en la etapa intermedia.

Entre los **deberes del Juez Penal**, tenemos que debe sentenciar¹⁵⁸ de acuerdo con la Constitución Nacional y las leyes y ello es así en virtud del Principio de Legalidad, porque la Constitución lo impone, “La sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley”.

No es su criterio particular, debe juzgar de acuerdo con la ley **rectamente interpretada**. Si no la tiene, que la cree, que elabore la norma jurídica que ha de servir de fundamento para el caso concreto, pero que la sentencia sea jurídica, y será jurídica cuando es el producto por aplicación de una norma legal.

¹⁵⁶ Hablar de la importancia de la Magistratura es un imperativo, dada la trascendencia protagónica de la misma, ella es la encargada de velar por el cumplimiento irrestricto de las garantías y principios constitucionales y procesales, bajo su atenta y vigilante mirada se lleva a cabo toda la etapa investigativa o preparatoria, bajo el estricto control de las actuaciones investigativas, con miras a evitar los abusos en perjuicio del imputado.

¹⁵⁷ Partiendo de la base de que todo proceso judicial requiere unas garantías para su correcto funcionamiento debemos exponer en primer término que estas garantías son recogidas en nuestro ordenamiento jurídico dentro de nuestra Norma Fundamental, la Constitución, que se establecen las bases fundamentales de todo procedimiento judicial y en especial las garantías del proceso penal justo como son, la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, o en su versión negativa, la indefensión, y la presunción de inocencia, entre otras garantías procedimentales. Su función fundamental es sentar las bases constitucionales, dentro de los procesos judiciales, de las garantías fundamentales necesarias en un Estado social y democrático de derecho.

¹⁵⁸ En los sistemas de separación de poderes, el ejercicio de las facultades y deberes derivados del monopolio del uso legítimo de la fuerza se atribuye, con carácter general, a los órganos judiciales. De la atribución a un órgano, distinto del legislativo y del ejecutivo, de la facultad de aplicar las leyes y dirimir los conflictos, surge el derecho de todas las personas a acceder a los juzgados y tribunales para que éstos resuelvan los conflictos en los que sean parte.

Otro, de los deberes del Juez Penal **es dictar resolución de acuerdo con la ley sin juzgar la ley y dictar sentencia dentro de los plazos procesales.** En ese sentido, el Magistrado Penal dictarán sus resoluciones en forma de *Providencia, Autos Interlocutorios o Sentencias Definitivas*, de acuerdo con la Ley, sin Juzgar a la Ley desde el punto de vista moral, ético o religioso, pero debe de juzgar a la Ley desde el punto de vista constitucional, desde el punto de vista técnico, debe determinar si la normativa es redundante, determinar si la normativa es ambigua, determinar si la normativa es contradictoria.¹⁵⁹

*** Las providencias ordenarán actos de mero trámite, que no requieran sustanciación. En los casos en que el código y las leyes facultan la realización de actos al secretario y a los demás funcionarios judiciales, sus decisiones también se denominarán providencias.**

*** Los autos interlocutorios resolverán cuestiones incidentales que requieren previa sustanciación. Las decisiones que pongan término al procedimiento o las decretadas en el proceso de ejecución de la pena también serán resueltas en la forma de autos interlocutorios.**

*** Las sentencias definitivas serán dictadas inmediatamente luego del juicio oral y público o en el caso del procedimiento abreviado.**

Serán requisitos esenciales de toda resolución judicial el lugar y fecha en que se dictó y la firma de los jueces intervinientes.

En cuanto a la **Estructura de la Sentencia Judicial** que debe ser observada por el órgano juzgador al momento de dictar resoluciones se caracteriza por tener principalmente tres partes:

¹⁵⁹ Hay un amplio margen a la crítica que puede dirigir o realizar el órgano judicial con respecto a los textos legales, y si cree que no hay texto legal, debe entonces elaborar la norma jurídica recurriendo a la Analogía o a los Principios Generales del Derecho, pero debe elaborar, fabricar su norma jurídica de manera tal que en ella se funde, se sustente la Sentencia Judicial. El Juez es Juez cuando Juzga, y cuando juzga, cuando dicta Sentencia de acuerdo con la Ley.

- a) **El Resulta:** que consta de las descripciones y narraciones que integran la exposición de los hechos;
- b) **El Considerando:** que consta de la argumentación que contiene los fundamentos de un fallo;
- c) **El Resuelve:** que es la conclusión del razonamiento jurídico, mediante la cual se decide la condena.

En toda resolución del deber de **fundamentación**¹⁶⁰, es otro de los requisitos “sine qua nom”, para evitar las nulidades de las resoluciones judiciales. La sentencia que no tiene fundamento es una sentencia arbitraria, y consiguientemente una resolución judicial absolutamente nula.¹⁶¹

La fundamentación es una garantía contra la arbitrariedad o el abuso de autoridad, pues consiste en una secuencia de motivos, principios y valores conducentes a la emisión de un fallo, que de esta manera queda justificado.

Los principios de legalidad, razonabilidad y logicidad deben estar presentes en la redacción de una sentencia o en la exposición oral de la misma.

¹⁶⁰ “La motivación de la sentencia constituye una garantía constitucional de justicia fundada en el régimen republicano de gobierno, sin falta de fundamentación la sentencia tiene un vicio”. (Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Abog. JOSE MIGUEL FERNANDEZ en el incidente de sobreseimiento libre a favor de Luis A. Saccarello deducido en Raúl Rodas y otros s/ falsificación ideológica y otros. Acuerdo y Sentencia Nro. 582 de fecha 27 de setiembre del 2001, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia).

¹⁶¹ “Lo que sí puede dar lugar a la procedencia del recurso, es lo que dicen a fs. 402 vlto. sobre la sentencia, en el sentido de que ella es una resolución “manifiestamente infundada”, situación “analizada por conocidos procesalistas como “falta o defecto de motivación”, según alegan en su escrito; explayándose sobre esto, con especialidad desde la fs. 403 hasta el 406, sin determinar con claridad exactitud en qué se basamentan para afirmar que la resolución en cuestión “sea manifiestamente infundada”, que es lo que exige el inciso 3) del Art. 478 del Código Procesal Penal para la procedencia del recurso de casación”. (Recurso de Casación Directa interpuestos por los defensores públicos en lo penal EDGAR ADRIAN URBIETA Y SANDRA CONCEPCIÓN RODRIGUEZ SAMUDIO EN LOS AUTOS HUGO MARCIAL INSFRAN SANTACRUZ Y CARLOS JAVIER GUERRERO MALDONADO s/ HURTO AGRAVADO Y OTRO”. (Acuerdo y Sentencia Nro. 616 de fecha 28 de setiembre del 2001, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia).

- a) **Legalidad:** toda sentencia debe estar basada en la Ley, puesto que la ley es el instrumento para la administración de justicia.
- b) **Racionalidad:** las decisiones deben estar guiadas por el sentido común. Hay que arbitrar los medios conducentes a la convivencia pacífica de los ciudadanos no al escándalo jurídico, para poder lograr la justicia y la paz.
- c) **Logicidad:** el razonamiento judicial debe ajustarse a los principios lógicos y a las leyes de inferencia. En el escrito y en el discurso oral debe haber coherencia y, en lo posible, se deben evitar *lagunas*.

Al referirnos a *lagunas* o “*lagunas legales*” nos referimos por cuanto de que no siempre la Ley contiene normas que puedan ser aplicables a determinados casos o problemas de hecho; en otros términos, existen problemas que no pueden ser subsumidos en una norma legal. A esa imprevisión, o a ese silencio de las leyes, es a lo que se llama *lagunas legales*.

Si la función específica de los jueces consiste en la aplicación de la ley a los casos concretos sometidos a su jurisdicción, se les plantearía el problema de la imposibilidad de sentenciar, por carecer de norma aplicable. Ante tal difícil situación, se ha tenido que buscar una solución que es dispar según el fuero de que se trate. En materia penal, las lagunas legales – es decir, el silencio de la ley – no pueden ser substituidas ni por aplicación analógica ni por el recurso a los principios generales del Derecho ni por los conceptos derivados de la equidad, porque en ese fuero se impone el principio fundamental de que no hay delito ni pena sin previa ley que los establezca, *de donde resulta la ineludible necesidad de absolver al imputado*.

La interrogante que nos hacemos, ¿Qué es fundar o fundamentar, en qué consiste?¹⁶², o sea los argumentos jurídicos que el Juez tiene en mente para fallar la causa de una manera determinada y no de otra pudiendo hacerlo; argumentos que tiene que ser traducidos a través de un pensamiento o un razonamiento formalmente correcto, razón jurídica a través de la razón lógica, es una imposición, un imperativo tremendo que se encuentra expresamente legislado en la Constitución y en nuestro Código Procesal Penal.

El **principio de congruencia**: Es un deber procesal del Juez en el orden de las resoluciones. O sea que el Juez no solamente está obligado a sentenciar de acuerdo con la Ley, sin juzgar a la Ley, respetando el orden de las causas, los plazos procesales, aplicando el "*iuria novit curiae*"¹⁶³, fundamentando la razón jurídica a través de la razón lógica, sino que está obligado a pronunciar una sentencia congruente¹⁶⁴, y qué se entiende por sentencia congruente?, sentencia que es concordante, o correspondiente a la pretensión o pretensiones de las partes litigantes y a las oposiciones o defensas de las contrapartes.

¹⁶² Constituye argumento esencial del Código la obligación de fundamentar las resoluciones por parte del órgano pertinente. Es así que encontramos dicha exigencia en varias normativas en nuestro Código formal. Fundamentar es indicar aquellos argumentos que lo llevaron al Juzgador al convencimiento de la existencia de lo probado explicitando la hilación racional entre las circunstancias negativas o positivas que lo condujeron a la conclusión a la cual llegó, haciendo alusión a la "valoración conjunta y armónica de todas las pruebas producidas". Consecuentemente con este concepto es que el presente artículo exige la valoración de las pruebas obtenidas (art.175 C.P.P.), debiendo el órgano jurisdiccional, formar convicción de la estimación conjunta y armónica de todas las producidas.

¹⁶³ En virtud de la *iura novit curia* es el tribunal el que califica los hechos y si considera erróneo el tipo penal elegido, puede apartarse del mismo.

¹⁶⁴ "Para que una sentencia sea contradictoria, las contradicciones deben referirse a la doctrina legal y la identidad de los hechos o circunstancias entre la resolución recurrida y la traída como precedente contradictorio". (Recurso de Casación interpuesto por la Sra. JUANA RODRIGUEZ DE MEDINA en los autos PRIMITIVA CESPEDES DE MEZA s/ LESION CORPORAL, DIFAMACIÓN, CALUMNIA, INJURIA Y AMENAZA EN SANTA ROSA DEL MBUTUY". Acuerdo y Sentencia Nro. 574 de fecha 20 de setiembre del 2001, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La congruencia radica entonces en el acto jurisdiccional o sentencia que se dicta en concordancia a la pretensión y a la oposición, o sea, respetando todos los requerimientos de las partes.¹⁶⁵

Esta congruencia es un deber importante que la ley no solamente incorpora el deber de congruencia de forma expresa, no solamente fulmina de nulidad la sentencia incongruente, con la imposición de las costas al Juez que dictó dicha resolución irregular.¹⁶⁶

El principio de congruencia indica que debe existir conformidad entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. El juez no puede apartarse de los términos en que ha quedado trabada la litis, sobre el objeto de discusión. La sentencia solo puede y debe referirse a las partes en el juicio, pero sobre todo debe recaer sobre el objeto reclamado en la demanda.

En caso contrario sería nula la sentencia por omitir decidir algo (citrapetita o infrapetita), exceder los límites de la controversia (ultra petita) o resolver puntos no alegados (extrapetita)

* La Sentencia "Citra Petita" es el fallo que omite el pronunciamiento sobre la cuestión principal o algunas de las pretensiones claramente articuladas por las partes. Permite, para subsanar tan importante defecto de fondo, los recursos de apelación,

¹⁶⁵ "Por ello, sostenemos que en este caso ha sido conculcado el artículo 16 de la Constitución Nacional que garantiza la defensa en juicio de personas y de sus derechos. En particular se ha trasgredido esta norma en la parte que dice: Toda persona tiene derecho a ser juzgada por Tribunales y jueces competentes... Como se ha expresado más arriba, el juez competente era el juez del crimen. Como consecuencia de esta omisión, la sentencia impugnada viola el artículo 252, 2da. Parte, de la Constitución, que reza: Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley..." (Sala Constitucional, Acuerdo y Sentencia Nro. 414 de fecha 20 de diciembre de 1995)

¹⁶⁶ La facultad interpretativa de los magistrados de la República debe ser realizada conforme a los lineamientos establecidos en la Constitución. La norma debe ser interpretada en el marco o en el contexto que fue dictada. Una interpretación extensiva no hace sino desnaturalizar el fin para la cual fue dictada.

si hay ulterior instancia, y los de casación o asimilables en otro supuesto. Por naturaleza se contraponen a la sentencia “extra petita” y a la sentencia “ultra petita”

* Sentencia “extra petita”. El fallo judicial que se pronuncia sobre cuestiones no planteada por las partes, lo cual permite la impugnación pertinente, pero, de consentirse, puede erigirse entre las partes en título jurídico alegable por el favorecido.

* Sentencia “ultra petita”. La que concede a una de las partes más de lo pretendido por ella en la demanda o reconvencción. Por incongruente, tal fallo es apelable o recurrible, para la reducción, cuando menos, de lo otorgado al favorecido mas allá de lo solicitado.

Por otro lado, el principio “iuria novit curiae” presume y determina que el juez conoce el derecho. En consecuencia, al decidir una cuestión planteada, tiene la suficiente libertad para calificar la pretensión y determinar las normas que deben ser aplicadas, independientemente del criterio o la valoración de las partes. El órgano judicial tiene el deber y la facultad de juzgar según las normas vigentes, pero no de vincularse únicamente a las alegadas por las partes.

Alberto B. Bianchi, citado por Néstor Pedro Sagúes¹⁶⁷, dice: “sentencia arbitraria o incongruente es aquella en que el Juez, sin dar razón alguna y fundado en su exclusiva opinión personal, ha fallado apartándose de los extremos fácticos y legales del caso, arribando a una conclusión lógicamente inaceptable”.

b. APREHENSIÓN DE PERSONAS

Nuestra Legislación Penal, establece en su artículo 85 del Código Procesal Penal que: “..CASO DE APREHENSIÓN. Si el imputado ha sido privado de su libertad, se notificará inmedia-

¹⁶⁷ Néstor Pedro Sagúes, Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario. Edición Astrea, pág. 192.

tamente al Ministerio Público, para que declare en su presencia, a más tardar en el plazo de veinticuatro horas a contar desde su aprehensión; cuando el imputado lo solicite para elegir defensor, el plazo se prorrogará por otro tanto. En casos excepcionales o de fuerza mayor el Ministerio Público podrá, por resolución fundada, fijar un plazo distinto acorde con las circunstancias del caso y bajo su responsabilidad...”.¹⁶⁸

Debiendo, también siempre tenerse en cuenta las disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público con relación al informe policial, los casos de aprehensión y las directivas que debe seguir el Agente Fiscal para presentar el requerimiento de

¹⁶⁸ En el Artículo 22 de la Ley Orgánica Ministerio Público, establece que: “PARTE POLICIAL. **La comunicación policial sobre el inicio de una intervención preliminar o de la recepción de una denuncia contendrá, por lo menos, los datos siguientes:**

- 1) la identificación del denunciante y su domicilio;
- 2) el nombre y domicilio de la víctima;
- 3) la identificación o descripción del imputado, su domicilio y el nombre del defensor si ya lo ha nombrado o propuesto;
- 4) identificación de los aprehendidos como presuntos autores y partícipes;
- 5) el objeto de la investigación o la denuncia, los nombres de los testigos y cualquier otro dato que pueda facilitar la investigación posterior;
- 6) la fecha y hora del hecho;
- 7) la identificación del oficial a cargo de la investigación y la dependencia a la que pertenece; y,
- 8) el número de orden en el libro de registro o archivo policial.

Artículo 23.- INTERROGATORIO. El agente fiscal a cargo podrá tomar declaración al imputado en su despacho o en sede policial. Ningún miembro de la policía podrá participar ni presenciar este interrogatorio, salvo cuando sea requerida su presencia por motivos de seguridad. En todos los casos, la declaración del imputado se llevará a cabo en un lugar adecuado y cumpliendo estrictamente lo previsto en el Código Procesal Penal.

Artículo 24.- CONTROL. Una vez que el agente fiscal a cargo se constituya en las dependencias policiales controlará:

- las condiciones físicas del imputado;
- las condiciones del lugar de la detención;
- el cumplimiento estricto de todos los derechos del imputado;
- que se haya registrado el día y hora de la aprehensión o detención;
- la confección del expediente policial conforme lo previsto en el Código Procesal Penal;
- la existencia y veracidad del inventario de bienes secuestrados o entregados;
- la atención respetuosa a la víctima o al denunciante; y,
- si constata alguna anomalía confeccionará un acta que elevará de inmediato al Fiscal Adjunto.

conformidad a lo que dispone el artículo 301 del Código Procesal Penal.¹⁶⁹

Conforme a nuestra legislación, la policía nacional está facultada para proceder a la aprehensión de las personas, pero solo en caso de flagrancia.¹⁷⁰

El artículo 239 del Código Procesal Penal, estatuye al respecto que: “APREHENSIÓN DE LAS PERSONAS. La Policía Nacional podrá aprehender¹⁷¹ a toda persona comprendida dentro de los siguientes casos, aun sin orden judicial: 1) cuando sea sorprendida en flagrante¹⁷² comisión de hecho punible o cuando sea perseguida inmediatamente después de su comisión; se entenderá que existe flagrancia cuando el autor del hecho punible

¹⁶⁹ Artículo 301. REQUERIMIENTO FISCAL. Recibidas las diligencias de la intervención policial o realizadas las primeras investigaciones y según el curso de la misma, el fiscal formulará su requerimiento ante el juez penal o el juez de paz, según el caso. Podrá solicitar:

- 1) la desestimación de la denuncia, querrela o de las actuaciones policiales en las condiciones del artículo 305 del este código;
- 2) la aplicación de criterios de oportunidad que permitan prescindir de la persecución penal cuando se den los supuestos previstos en el artículo 19 de este código;
- 3) la suspensión condicional del procedimiento, conforme a los presupuestos del artículo 21 de este código;
- 4) la realización de un procedimiento abreviado, según lo dispuesto en el artículo 420 de este código;
- 5) se lleve a cabo una audiencia de conciliación, en los términos del artículo 311 de este código; y
- 6) la notificación del acta de imputación.

¹⁷⁰ La aprehensión en los términos y condiciones enunciados por la ley, obedece a una prevención general positiva, cuya finalidad es asegurar la persona del sospechoso y los medios de prueba del ilícito desde el primer momento, cuando se haya cometido; o en su caso, abortar y evitar el hecho punible a punto de cometerse.

¹⁷¹ Según el diccionario de la lengua Española “aprehender” es capturar y apresar. Se refiere al hecho material de detener el proceso o acontecimiento y con relación a la materia en estudio implica demorar, paralizar, interrumpir e impedir el libre ejercicio de la libertad de un modo momentáneo. De esto se trata el presente artículo y sin orden judicial.

¹⁷² En estricto sensu: La flagrancia comisión de un hecho punible se autoriza por las disposiciones del artículo 12 de la Constitución Nacional la detención sin orden judicial, siempre que la comisión mereciere pena corporal. Entonces el presente inciso reglamenta la norma constitucional. Se excluye la posibilidad de proceder de la forma enunciada en los casos de delitos de acción penal privada conforme al artículo 237 del Código Procesal Penal que expresamente dispone: “En los hechos de acción penal privada” se encuentra prohibido la detención y prisión del imputado, sin perjuicio de las medidas sustitutivas.

sea sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo¹⁷³, o inmediatamente después, o mientras es perseguido¹⁷⁴ por la fuerza policial, por la víctima o por un grupo de personas; 2) cuando se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención¹⁷⁵; y, 3) cuando existan suficientes indicios de su participación¹⁷⁶ en un hecho punible y se trate de casos en los que procede la detención preventiva. Asimismo, en caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la aprehensión e impedir que el hecho punible produzca consecuencias. La persona aprehendida será entregada, inmediatamente, a la autoridad más cercana. La autoridad policial que haya aprehendido a alguna persona lo deberá comunicar, dentro de las seis horas, al Ministerio Público y al juez...¹⁷⁷

Analizando brevemente esta norma adjetiva, se tiene que:¹⁷⁸ en doctrina se define a la aprehensión como una “medida de coerción personal, que puede adoptar la autoridad policial, la policía e incluso los particulares. La detención consiste en la privación de libertad de una persona sobre la que pesa sospecha de comisión de algún hecho delictivo, con el objeto de ponerla a disposición judicial para que preste su declaración. Cumplido

¹⁷³ Es lo que la doctrina denomina la *flagrancia impropia o presunta*: es decir, el sujeto, unos instantes después de cometer el delito, el que pudo haber quedado en forma tentado o consumado, no habiéndose apartado del lugar en que llevó a cabo el hecho. El fin de la ley es evitar consecuencias posteriores, como también, asegurar, como en el caso anterior, la persona del sospechoso y las pruebas en los términos del ritualismo penal.

¹⁷⁴ Es decir, la norma también considera como flagrancia cuando el sospechoso es perseguido inmediatamente después de haber cometido el hecho punible.

¹⁷⁵ La norma es clara, autoriza a la policía a la aprehensión a quien estando legalmente detenido se haya fugado. Es el otro supuesto de aprehensión sin orden judicial, situación que no constituye ninguna excepción a la cláusula constitucional por cuanto supone una orden judicial previa.

¹⁷⁶ Esta norma constituye una excepción a la regla por cuanto que no se trata de flagrancia sino de aprehender cuando existan **suficientes indicios de su participación** en un hecho punible a condición que sea de aquellos casos en que procede la detención preventiva.

¹⁷⁷ Esto se encuentra en concordancia con el artículo 12 y 17 de la Constitución Nacional.

¹⁷⁸ En esta parte de la obra, seguiremos el estudio de Pablo Bareiro Portillo. Código Procesal Comentado. Tomo II. Pág. 27.

este acto, sólo podrá permanecer privado de su libertad si se le dicta auto de prisión preventiva.

En el inciso primero del articulado estudiado, equipara la flagrancia stricto sensu con al impropia o presunta, conforme se desprende del concepto legal, al expresar que se entenderá: 1) cuando fuere sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o, 2) inmediatamente después, o, 3) mientras es perseguido.

José I. Cafferata Nores, menciona que la Policía Nacional tiene facultad de aprehender, pero esa facultad no es discrecional sino reglada, es decir, para procederse a la aprehensión –sin orden judicial –deben existir indicios comprobados de la participación del sospechoso.¹⁷⁹

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha resuelto un caso de aprehensión sin orden judicial, de la siguiente manera¹⁸⁰:

“...estamos aquí frente a dos derechos que quieren hacerse valer, uno el de los encausados, **que fueron privados de su libertad en forma arbitraria y otro el de la sociedad que exige seguridad para realizar su vida con normalidad y sin sobresaltos.** Sin embargo, la Constitución es clara, contundente y precisa al proteger como derecho fundamental la libertad individual para evitar el uso y el abuso del poder de las autoridades, garantía consagrada también en todos los Tratados y Acuerdos internacionales de Protección a los Derechos Humanos.

¹⁷⁹ En sus palabras “...ha de entenderse que la autoridad policial debe haber recogido elementos probatorios suficientes para considerar que quien ha de ser aprehendido puede ser responsable del hecho que se investiga. No basta la simple imputación formulada en la denuncia o en el parte del empleado, ni los débiles y contradictorios datos de comprobación, siempre que concurren las condiciones siguientes: a) se trata de un delito de acción penal pública, b) que proceda la detención preventiva, c) no se trate de una simple citación, d) urgencia; no pueda dar aviso al Fiscal o al juez; e) ponderación objetiva y razonable del indicio; f) al solo efecto de ponerlo a disposición de la justicia...”.

¹⁸⁰ Acuerdo y Sentencia Nro. 86 de fecha 14 de marzo de 2005.

La privación de libertad de una persona debe ser la “ultima ratio”, es decir, cuando sea absolutamente necesario para los fines del proceso y que las demás medidas alternativas a la prisión preventiva no ofrezcan suficientes garantías para asegurar la presencia de la persona que se halla bajo proceso y siempre deberán ser aplicadas con humanidad y en respeto por la dignidad de ser humano.

La privación de libertad personal es el medio más antiguo y comúnmente empleado por el Estado para combatir el delito y mantener el orden público; pero este fundamento se utiliza en muchas oportunidades para restringir los derechos fundamentales de las personas, como ocurrió en el caso de estudio. Y es para evitar estas arbitrariedades que la Constitución y el derecho internacional fijan normas y directrices adecuadas para garantizar la práctica legal y no arbitraria de la privación de libertad por parte del Estado...”.¹⁸¹

Para analizar un caso de supuesta nulidad de actuación policial de detención irregular o ilegal, que podría ser pasible de nulidad absoluta, ponemos a consideración un caso hipotético.

Varios agentes policiales se encontraban realizando control de vehículos y personas, y en eso le hacen parar a una persona, por tener una actitud sospechosa, quien resulto ser Damián González, y al requerírsele que exhibiera el contenido de una cartera de mano color negro que portaba, primeramente se negó a exhibirlo, y posteriormente el mismo lo arroja al piso dicha cartera, y en ello se cae un sobre conteniendo una sustancia vegetal...con las características y color típico de la cannabis sativa...a la vez intentaba darse a la fuga, razón por la cual el agente policial debió ejercer fuerza suficiente para evitar su escape. Por tal motivo se solicitaron la presencia de los testigos...quienes firma-

¹⁸¹ Causa “Darío Wilfrido Torrasca Prante y otros s/ supuesto hecho de robo agravado”.

ron el acta de procedimiento. En presencia de los mismos se procedió al secuestro de los siguientes elementos:.....(se cita las características del sobre, de la cartera, y otros documentos que se encontraban en su poder, dinero, relojes, cintos, etc.).

La detención fue realizada correctamente o está viciada de nulidad la intervención policial. Veamos.

En nuestro modesto criterio el procedimiento efectuado por la policía nacional en la hipótesis descrita, resulta absolutamente viciado de nulidad y como consecuencia carecen totalmente de validez probatoria los elementos incautados en tales circunstancias (supuesta marihuana).

En efecto, el análisis efectuado por los Agentes intervinientes, demuestra claramente que procedieron a detener la marcha de un sujeto que circulaba libremente por la calle sin que nada justificara para requerirle la exhibición de sus pertenencias y todo ello contra la voluntad del mismo.

Tal conducta policial no encuentra asidero alguno en las normas procesales citadas precedentemente, ni en los reglamentos policiales¹⁸² que regulan la actuación de las fuerzas de seguridad frente a las garantías constitucionales.¹⁸³

Es entonces injustificado que ello se haga cuando no se dan las pautas previas que reclama la ley formal y por otra parte la requisita de las pertenencias no puede estar fundada en la voluntad policial y/o un estado subjetivo de sospecha, ya que tanto la Constitución Nacional y nuestros códigos procesales, reclaman al efecto una orden judicial y/o en su caso flagrancia.

En ese sentido, es dable señalar también que el derecho a la privacidad tiene igual protección –a mi modesto entender –

¹⁸² Véanse artículo 6 y siguientes de la Ley 222/93 “Orgánica de la Policía Nacional”, artículos 298, 239, 296, 177, 200, 195, 189, 190, 194 y 196 del Código Procesal Penal.

¹⁸³ Nuestras normas legales que regulan la privación de libertad, son claras al señalar que para privar de su libertad individual a un individuo es preciso, que “existan indicios vehementes de responsabilidad”.

constitucional en todos sus aspectos (correspondencia epistolar, domicilio, papeles privados, comunicaciones, etc.) –y la circunstancia de que en la ley rituaría no se expliciten los recaudos para acceder a las pertenencias privadas que un sujeto lleve encima, no significa que la autoridad policial pueda allanar o requisar a los individuos a su voluntad sino todo lo contrario; esto es que al menos deben guardarse los recaudos exigidos por la ley para los demás aspectos del derecho de reserva individual.¹⁸⁴

En ese sentido y para aclarar la postura de la Corte Suprema de Justicia, nos sirve el siguiente fallo, que a continuación se transcribe en sus partes principales:¹⁸⁵

“el defensor de Eladio Alderete López procesado por supuesto asalto a mano armada en esta Capital, impugna de inconstitucionalidad el interlocutorio de primera instancia y su confirmatoria por el Tribunal de Apelación, por virtud del cual no se hizo lugar al incidente de nulidad de las actuaciones policiales oportunamente deducido.

El fundamento en base al cual persigue la declaración de nulidad de tales actuaciones policiales radica en que, según afirma, a) la detención de Alderete se produjo un mes después de haberse formalizado la denuncia respectiva que no fue elevada a sede judicial, sino con posterioridad a la aprehensión de la citada persona, b) que su detención fue realizada sin mediar orden judicial; c) sin hacérsele saber la causa de su detención. Finalmente impugna las decisiones judiciales por no haber hecho respetar estos principios, a la vez que atribuir al parte policial un valor del

¹⁸⁴ “Repito, entonces, que la denuncia, de estas malas prácticas, que estas notorias deficiencias en la investigación penal deben superarse. Las cláusulas constitucionales que hacen a la vigencia de los derechos humanos son directamente operativas. No hay Código ni ley que puede interponerse para su efectiva vigencia. (Eduardo García de Enterría. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editora Civitas, Madrid, 1994)

¹⁸⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acuerdo y Sentencia Nro. 662 de fecha 12 de noviembre de 1997.

que carece y con violación del principio de presunción de inocencia.

No hay dudas respecto de que muchas de las alegaciones antes resumidas reflejan situaciones verdaderas. Es la reiteradamente denunciada situación de que, no habiendo propiamente juicio, al que recién se accede en el plenario, las personas son primero detenidas, deben demostrar su inocencia, durante cuyo lapso están pagando un delito que aún no se sabe si cometió o no, todo ello con preterición de la presunción de inocencia.

En este orden de consideraciones hay que afirmarlo con claridad: las instituciones encargadas de la prevención y represión del delito no operan con la regularidad y seriedad que establece el marco constitucional. Existe una notoria descoordinación entre la Policía, el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales.

Y todavía más, se aprecia que en sede policial se ha dispuesto la devolución de los objetos supuestamente hurtados como consecuencia del asalto. Es cierto, se trata de un instrumento público, pero un instrumento labrado sin la intervención de los imputados, es decir, una prueba preconstituida ajena a la bilateralidad y contradicción propias del proceso judicial. Esta es una malísima práctica, respecto de la cual no hace al caso mencionar sus posibles derivaciones penales, aparte de contribuir en muy poca medida a los efectos de la sanción del presunto responsable...”.

c. NOTIFICACIONES

La necesidad de garantizar con formas amplias el ejercicio del derecho a la defensa que concluya eficazmente el proceso en el plazo previsto, han obligado a reformar el sistema de las notificaciones, abandonando las pautas típicas de la escritura e incorporando formas peculiares que posibiliten a las partes el conocimiento de los actos que incumban a sus intereses.

El instituto de la advertencia al imputado cuando es objeto de notificación acerca de un plazo para impugnar una resolución judicial es una muestra plausible de ello.

En conclusión y a la luz de los elementos incorporados en esta exposición, los objetivos finales de las formas procesales pueden resumirse en los siguientes:

- a) Vigencia irrestricta de los idiomas oficiales, con la prevención de alternativas que preserven el derecho que tiene cada persona de ser oída en su idioma.
- b) Formas procesales amplias, con posibilidades de ser saneadas en caso de defectos u omisiones.
- c) Plazos breves, pero razonables, y la garantía de una atención permanente de los funcionarios para que no se pueda distorsionar el cumplimiento de los términos.
- d) Normas fuertes en cuanto a la duración del proceso y sus efectos y la responsabilidad de los fiscales, y jueces que no expiden los actos y resoluciones procesales en los plazos señalados; y
- e) Comunicaciones, notificaciones, citaciones con una variedad de formas que buscan, ante todo, la prevalencia del derecho a la defensa y de la celeridad procesal.

Seguidamente, y como parte ya final de esta primera entrega sobre las nulidades en el proceso penal, se expondrán todos los articulados que se refieren a las notificaciones y citaciones en nuestro Código Procesal Penal, y es como sigue:

d. PLAZO PREVISTO POR LA LEY. FUNCIONARIO ENCARGADO DE PRACTICAR LA NOTIFICACIÓN

El Artículo 151 del C.P.P., establece que: "PRINCIPIO GENERAL. Las resoluciones serán notificadas al día siguiente de dictadas, salvo que la ley, el juez o el tribunal, disponga un plazo menor."¹⁸⁶

¹⁸⁶ La ley establece un mecanismo adecuado que se debe seguir con motivo de proceder a las

Cuando la ley no disponga otra cosa, las notificaciones serán practicadas en la forma prevista en este capítulo.

Las notificaciones serán practicadas por el funcionario encargado expresamente para ello, sin perjuicio del auxilio de otras autoridades cuando sea necesario".¹⁸⁷

El artículo 188 del Código de Organización Judicial dispone que es función de la oficina de Notificaciones (Ujieres) diligenciar las cédulas de notificaciones en el domicilio de las partes; además establece que los Ujieres serán responsables civil y penalmente de las irregularidades cometidas en el cumplimiento de sus funciones.

La notificación no es otra cosa sino el acto de dar a conocer a los interesados la resolución recaída en un trámite o en un asunto judicial. Vendría a ser en este caso desde el punto de vista

notificaciones de las resoluciones judiciales recaídas en los distintos procesos o incidentes, debiendo comenzar a computarse el plazo para recurrir a partir del día siguiente al de su notificación, salvo desde luego que el órgano jurisdiccional haya dispuesto lo contrario. De lo enunciado en la citada normativa se desprende que la ley establece de antemano la forma de cómo debe ser realizada la notificación de un acto jurisdiccional (providencias, autos interlocutorios o sentencias), y cuando utiliza la expresión "al día siguiente" se entiende que la misma deberá darse el día que le sigue a aquel en que recayó el dictamen de la resolución cuyo conocimiento se pretende de hacer llegar a las partes que integran en la relación procesal.

¹⁸⁷ En cuanto al funcionario judicial que debe llevar a cabo el practicamiento de dicha diligencia, también se halla contemplado en el citado artículo en su última parte. Y es sabido es que el funcionario a quien la ley asigna el cumplimiento de las notificaciones de las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional (juez o tribunal) es el ujier o en su caso el mismo actuario judicial, pudiendo hacerlo también válidamente el oficial de secretaría a los profesionales que acuden diariamente ante el juzgado o tribunal, debiendo en su caso redactarse la nota respectiva o labrar si necesario fuere; no obstante, cualquiera sea el funcionario que lleva a cabo el practicamiento de dicha diligencia, deberá ajustar sus actos a las normas procedimentales de rigor, de tal manera que la diligencia cumplida pueda surtir todos sus efectos legales en proceso. Sin embargo, para la realización de tales diligencias también se puede recurrir a jueces de menor jerarquía, como es el caso de los jueces de paz a quienes el órgano superior por comisión puede encomendarle el cumplimiento de tales diligencias, o en su caso, por exhortos cuando se trata de magistrado de igual rango e incluso se puede recurrir a la Policía Nacional para la realización de las mismas. Por último de acuerdo al nuevo código, también la notificación se puede llevar a cabo por telegrama, pues lo importante es que la información judicial que se pretende transmitir o poner a conocimiento del interesado llegue a destino en tiempo oportuno.

procesal el acto realizado a los efectos de poner a conocimiento de las partes intervinientes en una causa cualquier resolución dictada por el órgano jurisdiccional durante su desarrollo.

e. LUGAR DE NOTIFICACIÓN DE LOS FISCALES Y DEFENSORES

En cuanto al lugar de la notificación, el Artículo 152 del C.P.P., reza: “LUGAR. Los fiscales y defensores públicos serán notificados en sus oficinas. Las demás partes serán notificadas en el domicilio real o procesal denunciado, salvo cuando expresamente hayan fijado una forma especial para ser notificadas. Si no han fijado domicilio procesal o especificado la forma en que pueden tomar conocimiento de las notificaciones, se practicará la notificación en cualquier lugar en que se las encuentre, intimándolas para que fijen domicilio procesal en el plazo de tres días. Cuando no respondan a esta intimación quedarán, en lo sucesivo, notificadas por el transcurso de las veinticuatro horas siguientes al dictado de la resolución. En defecto de estas reglas, se procederá a su notificación por edictos¹⁸⁸. Si el imputado está privado de su libertad, se le notificará en el lugar de su reclusión”.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Del mismo modo, se tiene previsto el mecanismo a seguir acerca del lugar y la forma en que las demás partes intervinientes en una causa deberán ser notificadas; señala a ese respecto la segunda parte de la normativa citada en el párrafo anterior. Se puede advertir, de acuerdo con lo enunciado, que con relación a la forma de notificación de las partes, se ha introducido una innovación respecto del anterior código, ya que de acuerdo a nuestro sistema procesal el funcionario encargado de llevar a cabo una notificación podrá practicarla incluso en el lugar en que fuere hallada la persona a ser notificada, que puede darse hasta en la vía pública, aunque deberá ser advertida de la obligación de constituir domicilio procesal actual en el perentorio plazo de tres días, so pena que de no dar cumplimiento a la advertencia, en lo sucesivo se le tendrá por notificada en el transcurso de las veinticuatro horas siguientes de dictada la resolución recaída en el proceso de la que es parte.

¹⁸⁹ En cuanto a la forma en que debe ser notificado el imputado, también se halla contemplado en el artículo arriba citado, y es el lugar mismo de su reclusión; con este se estaría evitando en lo posible que se opere un eventual estado de indefensión, que pueda ir en su perjuicio; de ahí que la inserción de la citada normativa resulta por demás acertada y a la vez provechosa para el imputado.

La Corte Suprema de Justicia, ha señalado en reiterados fallos que: "...en virtud del auto interlocutorio impugnado, el Tribunal de alzada resolvió revocar el auto apelado, y en consecuencia, dar por decaído el derecho que dejó de usar el representante del Ministerio Público para ejercitar las facultades conferidas por el Art. 2 de la Ley 195/53, y **disponer el desglose del escrito de acusación obrante a fs. 1331/1346**. Dicha decisión se basó en que si a los representantes del Ministerio Público se les tiene por notificados "al día siguiente de la recepción del expediente en su despacho", se tendría que técnicamente estos se beneficiarían con un día más para hacer sus presentaciones, dado que a todas las partes los plazos le empiezan a computar desde el día siguiente de cualquier tipo de notificación, sea personal o por cédula", y de aceptar esta interpretación realizada por el A-quo del Art. 134 del C.P.C., se estaría violando los principios de igualdad establecidos en los Arts. 46 y 47 de la Constitución, por lo que verificando las constancias procesales concluye que la presentación del Fiscal Adjunto, resulta extemporánea..."¹⁹⁰

f. DEFENSORES O REPRESENTANTES

Por su parte el Artículo 153 de nuestro código, dice: "DEFENSORES O REPRESENTANTES. Los defensores o representantes de las partes serán notificados en lugar de ellas, salvo que por la naturaleza del acto o porque lo fije la ley, sea necesario notificar personalmente al afectado.

Cuando se trate de sentencias condenatorias o de resoluciones que impongan medidas cautelares personales o reales, sin perjuicio de la notificación al defensor, se deberá notificar personalmente al imputado o condenado.

¹⁹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acuerdo y Sentencia Nro. 276 de fecha 12 de mayo de 2005.

El objetivo esencial de la notificación dentro del proceso penal es el de poner en conocimiento del interesado las variadas situaciones conyunturales que podrían ir presentándose. Es así y con el objetivo de asegurar el real conocimiento de aquellas resoluciones que deben ser notificadas, el artículo prevé la **obligatoriedad de la notificación** a los defensores o representantes de las partes, a no ser que por la naturaleza del acto o porque así lo exige la ley, sea necesario practicar la notificación personalmente con el afectado.

El presente artículo hace una acotación muy importante: que cuando se trata de sentencias condenatorias o de resoluciones que impongan **medidas cautelares personales** o reales, se deberá proceder a notificar personalmente al afectado, sin perjuicio de la notificación a su defensor.

La definición o concepto de **medidas cautelares** son todas aquellas actuaciones o decisiones que, sin prejuzgar del resultado final, de contenido positivo o negativo, que un órgano de la Administración Pública o un juez o magistrado del poder judicial, puede adoptar para que las resultas de la resolución administrativa o judicial surtan plenos efectos para los interesados o para la parte procesal. Para ello, se exige la concurrencia de dos requisitos: el *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho y el *periculum in mora* o peligro/riesgo por el paso del tiempo.

En general, la necesidad de que existan medidas cautelares en el proceso penal viene dada por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo unas normas de procedimiento por lo que tiene una duración temporal; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (hará desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etc.). Por ello, la ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas

precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz.

En consecuencia, podemos definir las medidas cautelares como aquel conjunto de actuaciones “encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte (GOMEZ ORBANEJA).

A renglón seguido igualmente podemos señalar que las medidas cautelares personales son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional ya sea para garantizar su declaración ante el Juez instructor, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el juzgador

Hemos querido subrayar esta situación, porque en la práctica los ujieres usualmente notifican a los defensores obviando la notificación personal al afectado, produciéndose un lapso que normalmente son aprovechados por los defensores, pues el término no corre si la notificación no se realiza conforme a la ley o hasta que podría producir una nulidad según el caso.¹⁹¹

Repasando el precepto legal se tiene que los defensores del imputado deberán ser notificados de las resoluciones judiciales en el lugar en que fijaren como domicilio procesal; sin embargo, cuando se trata de sentencias condenatorias o de resoluciones que impongan medidas cautelares, éstas deberán ser notificadas al mismo procesado o condenado, sin perjuicio de la notificación realizada a su abogado defensor. Se tiene entonces que, a más del imputado, la ley obliga a que todas las decisiones judiciales que recaen en una causa también sea puesto a conocimiento de su

¹⁹¹ LOPEZ CABRA, Miguel Oscar. Código Procesal Penal. Pag. 185

abogado defensor, en la inteligencia de que con esta forma de proceder se estaría evitando un eventual estado de indefensión, que siendo una garantía constitucional estatuida a favor del imputado se debe observar como una “conductio sine que non” por sobre cualquier interés personal de otra naturaleza.

En los autos caratulados “MINISTERIO PUBLICO c/ HECTOR ANTONIO SALIVA ROMAN Y OTROS s/ CO-HECHO PASIVO AGRAVADO EN PUERTO ANTEQUERA”, tramitado ante el Juzgado Penal de Garantías, se ha promovido incidente de nulidad de actuaciones en tres puntos fundamentales: 1) la audiencia preliminar fue notificada un día antes de su realización, es decir, en forma tardía; 2) no haberse corrido traslado al Ministerio Público de la petición de la defensa en cuanto al abandono de la querrela, ni solicitado informe de Secretaría de la debida notificación de la querrela; 3)- el auto de apertura de procedimiento a Juicio Oral y Público no ha hecho alusión al motivo por el que se declara abandonada la querrela.

De comprobarse efectivamente que no se ha dado cumplimiento al **plazo** fijado en el artículo 163¹⁹² del Código Procesal Penal, es decir, la notificación de la realización de la audiencia preliminar **con una anticipación de los cinco días**, corresponde declarar la nulidad del mismo, por violentar principios elementales del debido proceso que se encuentran establecidos en el artículo 165¹⁹³ del cuerpo normativo citado precedentemente.

¹⁹² “... AUDIENCIA. Cuando el juez o tribunal disponga la realización de una audiencia, fijará la fecha, hora y lugar en que se celebrará, **CON UNA ANTICIPACIÓN QUE NO SERÁ INFERIOR A CINCO DÍAS**. Al efecto se entenderá que todas las partes han sido convocadas, salvo que la convocatoria se refiera a alguna de ellas en particular...”(las mayúsculas y las negritas son nuestras)

¹⁹³ El Artículo 165 del Código Procesal Penal, establece taxativamente que: “...PRINCIPIO. NO PODRÁN SER VALORADOS para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, **LOS ACTOS CUMPLIDOS CON INOBSERVANCIA DE LAS FORMAS** y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código, salvo que la nulidad haya sido convalidada...”(las mayúsculas son nuestras)

g. NOTIFICACIÓN PERSONAL

Al respecto el Artículo 154 del Código Procesal Penal, expresa: “Cuando la notificación sea personal, el notificador dejará constancia de ella con la firma del notificado y la fecha”.

El artículo transcripto precedentemente establece que tiene establecido aquellos casos en que la notificación por imperio de la ley deberá practicarse en forma personal a las partes. Estatuye el código a ese respecto que el funcionario a quien corresponde realizar dicha diligencia judicial deberá asentar a su acta respectiva todas las circunstancias que guardan relación con el acto de notificación, como ser el lugar, fecha y hora en que fue practicado y la firma de la persona notificada, exigencias que deberán ser observadas bajo pena de nulidad con el objeto de producir sus efectos jurídicos en el proceso o causa en el que fue ordenado el cumplimiento de dicha diligencia.

h. FORMA DE NOTIFICAR

En cuanto a las formalidades a ser observadas con motivo de la notificación de las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional, el Artículo 155 establece: “La notificación de una resolución se efectuará mediante la entrega de una copia al interesado, bajo constancia de la recepción. Cuando las partes lo hayan aceptado o solicitado se les notificará por medio de carta certificada, facsímil o cualquier otro medio de comunicación eficaz, en cuyo caso el plazo comenzará a correr a partir de su recepción, según lo acredite el correo o la oficina de transmisión. Podrán utilizarse otros medios de notificación que la Corte Suprema de Justicia autorice¹⁹⁴, siempre que no causen indefensión;

¹⁹⁴ De acuerdo a la regla señalada, es totalmente factible y válida la notificación que se practique por telegrama colacionado, en cuyo caso deberá contener las enumeraciones esenciales de la cédula, conforme al artículo 157 del C.P.P. Habilita y/o autoriza a la Corte Suprema de Justicia, la utilización de otras formas no señaladas en la ley, con la condición de que no cause indefensión; en la actualidad se encuentra el sistema de mensajería dispuesto por una Acordada.

se preferirá, en todo caso, aquella forma que el interesado haya aceptado o sugerido”.¹⁹⁵

Comentando el artículo citado, se puede advertir que se incorpora una serie de variantes a ser tenidos en cuenta acerca de la forma de llevarse a cabo una notificación a las partes; entre ellas, cuando las mismas haya aceptado o solicitado que la notificación de las resoluciones recaídas en el proceso en el que intervienen les sean practicadas simplemente por telegramas o cartas o por cualquier otro medio expresado, con tal de que sean conducentes para evitar una posible indefensión. Para ello bastará con manifestar su acuerdo al comparecer en secretaría, pudiendo en ese mismo acto labrarse acta haciendo constar dicha circunstancia y que también se le hace entrega de la copia para traslado de las actuaciones, sin que con esto se trasgreda normas de procedimiento alguno; todo esto sin perjuicio de recurrir a otros medios que la misma Corte Suprema de Justicia puede autorizar, pues lo que importa es que la notificación cumpla con su objetivo, cual es el de hacer llegar a conocimiento de las partes interesadas cualquier decisión adoptada por el órgano jurisdiccional.

- NOTIFICACIÓN AL IMPUTADO: ADVERTENCIA.

Por su parte en el Artículo 156 del Código Procesal Penal, se ha establecido una novísima y singular modalidad, al establecer que: “Cuando con la notificación personal al imputado co-

El tema se vuelve espinoso con relación a esta modalidad. En el caso concreto que se presente y, el afectado, lo impugne de inconstitucional la mensajería podrá causar indefensión. La Corte Suprema de Justicia estaría en consecuencia juzgando sus propios actos, circunstancia no admitida en un debido proceso; es decir, no se puede ser parte y juez en las cuestiones judiciales.

¹⁹⁵ Establece las formalidades a ser observadas con motivo de la notificación de las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional. La modalidad señalada es la entrega de una copia al notificado, circunstancia que se asentará en el acta. El segundo párrafo del artículo comentada, regula las resoluciones que deban practicarse por cédula, también podrán notificarse mediante carta certificada, facsímil o cualquier otro medio de comunicación eficaz. La regla es la siguiente: a) que la parte haya aceptado o solicitado; b) el plazo comienza a computarse no desde la fecha de remisión, sino desde la fecha de recepción.

mience un plazo para impugnar una resolución deberá ser ins-
truido, verbalmente o por escrito, acerca de los recursos posibles
y el plazo para interponerlos. En el acta de la notificación se
deberá dejar constancia de esta advertencia”.¹⁹⁶

Es decir, desde el momento que se adiciona como **esencial**
la circunstancia de mencionar verbal o por escrito acerca de los
recursos posibles y el plazo para interponerlo, debiendo dejarse
constancia de dicho cumplimiento legal.

- NOTIFICACIÓN EN EL DOMICILIO¹⁹⁷

El Artículo 157¹⁹⁸ del Código Procesal Penal, dispone que:

¹⁹⁶ Nuevamente genera confusión dicha norma. De la forma como queda explicado en la **observación** formulada, último párrafo, al comentar el artículo 153 del Código Procesal Penal, quedarán firmes las resoluciones afectadas por la notificación personal (cédula), y, después de la notificación por edictos tratándose de una medida cautelar de carácter personal, en los términos del artículo 152, párrafo cuarto, del mencionado cuerpo legal. Implica que la causa estará paralizada y no podrá realizar ningún acto procesal que puedan fundarse en su consecuencia; por aquel principio previsto en el artículo 117 del Código Procesal Civil, que expresa “Cuando las actuaciones fueren declaradas nulas, quedarán también invalidadas las resoluciones que fueran de su consecuencia”. La advertencia que refiere el artículo 156, prácticamente, condiciona las disposiciones de los artículos 152 y 153, por cuanto que aún con el cumplimiento estricto de éstas disposiciones no bastan si aquella fuera practicada en desconocimiento de los términos previstos. La notificación, independientemente, sea personal y/o personal, debe dejarse constancia en una nota y/o acta de su practicamiento con asentamiento de los requisitos mínimos exigidos por la ley procesal. **En consecuencia, el acta de referencia es la que generará en definitiva la nulidad en los términos señalados, porque el acta es el único medio de probar haber cumplido con el acto procesal.** (Pablo Bareiro Portillo. Código Procesal Penal. Tomo I, pág. 208)

¹⁹⁷ En esta parte se refiere a la notificación por cédula y no personal. En efecto, el artículo 133 del Código Procesal Civil, dispone que “serán notificadas por cédulas en el domicilio del interesado...”, concordando con los artículos 135, 136 y 138 del mismo cuerpo legal.

¹⁹⁸ En ese sentido, la ley procesal, exige el cumplimiento de ciertos requisitos en el practicamiento del acto procesal de referencia; como a) dos cédulas; identificación del juez o tribunal; b) denominación de la causa; c) mención de la resolución; d) copia o la transcripción de la resolución o el acta que se pone a su conocimiento. El legislador omitió como requisito la fecha, lo que exige perentoriamente la aplicación del artículo 137 del Código Procesal Civil, a fin de cubrir la laguna legal, que establece “al pie del ejemplar que será agregado al expediente constará el día, la hora y el lugar en que se hubiera practicado la diligencia...”. Dato importante y único para determinar cualquier cómputo con relación al acto procesal puesto a conocimiento del interesado, por cuanto que ningún plazo comienza a correr sino desde la notificación de acuerdo a la ley. Además, en la cédula de notificación, que queda en poder del ujier, se ano-

“Cuando la notificación se tenga que realizar en el domicilio, oficina o lugar de trabajo, el notificador acompañará dos cédulas que contengan la identificación del juez o tribunal, la denominación de la causa, la mención de la resolución y su copia o la transcripción de la resolución o del acto que se pone a su conocimiento. En una de las cédulas anotará todo lo acontecido en oportunidad de la notificación y la firma del notificado o la persona que la recibió, que deberá ser mayor de dieciocho años; la otra cédula será entregada al interesado o a aquel que la recibiera. Cuando no se encuentre la persona a notificar, o nadie la quiera recibir, la cédula será pegada en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, en presencia de un testigo que suscribirá la constancia correspondiente. Si el notificado o el tercero que la recibe por ausencia, no sabe, no quiere o no puede firmar, ésta valdrá con la sola firma del notificador, siempre que deje constancia de la circunstancia por la que no aparece la firma del que la recibió”.¹⁹⁹

Establece algunos requisitos para la validez de las notificaciones practicadas por el funcionario judicial, en una de las cédulas anotará todo lo acontecido o la persona que la recibió, que deberá ser mayor de dieciocho años; la otra cédula será entregada al interesado o aquel que la recibiera.

Cuando no se encuentra la persona a notificar, o nadie la quiere recibir, la cédula será pegada en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, en presencia de un testigo que suscribirá la constancia correspondiente.

tarán todas las circunstancias de la diligencia de notificación, incluyendo lo dispuesto en el párrafo último del presente artículo; como, la firma del notificado o la persona que la recibió, que deberá ser mayor de dieciocho años; la otra cédula será entregada al interesado o a aquel que la recibiera.

¹⁹⁹ Es de estricta aplicación las disposiciones del artículo 138 del Código Procesal Civil en cuanto se refiere a la “entrega de la cédula a persona distinta”.

Si el notificado o el tercero que la reciba por ausencia, no sabe, no quiere firmar, ésta valdrá con la sola firma del notificador, siempre que deje constancia de la circunstancia por la que no aparece la firma del que la recibió.

- NOTIFICACIÓN POR EDICTOS

El Artículo 158 del Código Procesal Penal, regula la notificación por edictos, diciendo que: “Cuando se ignore el lugar donde se encuentra la persona que debe ser notificada, se ordenará la publicación de edictos por tres días, en un medio masivo de comunicación de circulación nacional. El edicto contendrá:²⁰⁰

- 1) el nombre completo de la persona, si es posible;
- 2) la identificación del juez o tribunal, su sede y la denominación de la causa; y,
- 3) la orden de comparecencia.

En todos los casos quedará constancia de la difusión y ella se efectuará sin perjuicio de las medidas que adopte el juez o tribunal para la determinación del paradero del interesado...”.²⁰¹

Además, de los casos señalados precedentemente por la norma, procederá la notificación por edictos, cuando se ignore el lugar donde se encuentra la persona que debe ser notificada.

Siendo el edicto una **notificación**, única forma de impulsar el procedimiento penal constituye característica del debido proceso y que hace a la inviolabilidad de la defensa, principio de

²⁰⁰ Esta norma se encuentra en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal Penal, que dispone que: “será declarado rebelde el imputado que no comparezca a una citación sin justificación”. En consecuencia, cumplido el plazo dentro del cual el citado debió presentarse, se dictará el Auto de Rebeldía y la prisión o la revocatoria de la medida cautelar o la aprehensión, según el caso.

²⁰¹ Para la publicación del edicto es necesario que el Secretario o Actuario Judicial informe que se agotaron los trámites normales para la ubicación, como el pedido de informe de antecedente de la policía u otras diligencias tendientes a demostrar la imposibilidad de ubicación o cuando se haya fugado de la penitenciaria, con el informe respectivo de la autoridad penitenciaria. De igual modo, publicado y cumplido el plazo de presentación sin que así suceda, nuevamente, es necesario el informe del Actuario con relación a esa circunstancia.

rango constitucional; exigencia en la etapa de investigación porque el juicio oral y público no podrá realizarse sin la presencia del imputado, se impone que vaya incurra como requisito indispensable la fórmula “bajo apercibimiento de la incomparecencia de ser declarado rebelde, y por ende, se decretará su detención a los efectos de la declaración testifical, si fuere testigo; y de ordenar su prisión si fuere imputado, si aún no fue declarado, o se revocará la medida cautelar expedida, como también designar Defensor Público.

Debe decirse también que el apercibimiento debe ser expreso y claro, de lo contrario, no podrá hacerse efectivo, conforme lo señalan en forma pacífica y uniforme la jurisprudencia de los Tribunales.

- NOTIFICACIÓN POR LECTURA²⁰²

Las resoluciones dictadas -prescribe el artículo 159 del Código Procesal Penal -durante o inmediatamente después de las audiencias orales se notificarán por su lectura. Según Alsina, “la notificación es, pues, el acto por el cual se pone a conocimiento de las partes o de los terceros una resolución judicial”.²⁰³

Asimismo expresa, que “en el proceso oral, fuera de la citación para la audiencia, no puede hablarse propiamente de la notificación como una institución autónoma, porque así como las partes se comunican directamente, con lo cual se suprime el traslado, ellas toman conocimiento directo de las resoluciones del juez en la misma audiencia.

²⁰² Podría decirse, que la notificación por lectura inmediatamente después de ser dictadas las audiencias, es una modalidad inherente del juicio oral; cualquiera sea el fundamento a favor o en contra, se impone por voluntad de la ley.

²⁰³ Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Ed. 1941. Tomo I, pág. 741.

- **NOTIFICACIÓN A DISTANCIA**

“Artículo 160. NOTIFICACIÓN A DISTANCIA. Cuando se deba practicar una notificación fuera de la localidad del tribunal, podrá hacerse por cualquier medio de comunicación que asegure la recepción del mensaje, dejándose constancia del medio utilizado”.²⁰⁴

Nuevamente la Ley hace referencia y recurre a la denominación “podrá hacerse por cualquier medio de comunicación” que se asegure la recepción del mensaje, concordando con las disposiciones del artículo 154, párrafo segundo, al decir “...o cualquier otro medio de comunicación eficaz”.

En ambas disposiciones la ley no es imperativa sino facultativa porque dice “podrá”; situación que constituye una potestad de realizar fuera del consentimiento de la persona a ser notificada. No se puede imponer, sino que ofrecer como alternativa, que rechazado no puede diligenciarse.

f. NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN: CASOS PRÁCTICOS

“Artículo 161. NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN. La notificación²⁰⁵ será nula, siempre que cause indefensión.”²⁰⁶

²⁰⁴ La redacción de la segunda parte del artículo, prevé la situación que las partes hayan aceptado o solicitado se les notifique por medio de cartas, etc.; a diferencia del artículo 139 del Código Procesal Civil que regula a favor de aquél quien quiere hacer valer; o sea, no se encuentra el ánimo del notificado aceptar o no el medio utilizado.

²⁰⁵ En ese sentido, es dable, señalar que el artículo 357 inc. “c” del Código Civil, expresa que “Es nulo el acto jurídico...en caso de no revestir la forma prescrita por la ley”. Esta disposición se impone a favor del respeto y cumplimiento de las formalidades y sobre el razonamiento formulado precedentemente, corresponde reflexionar que las hipótesis previstas en el artículo 161 del Código Procesal Penal debe entenderse dentro de cada una de las modalidades y/o formas reguladas para la notificación personal, notificación por cédula, notificación por lectura, notificación por edictos, inclusive para la notificación a distancia, en todo lo que fuera posible su aplicación.

²⁰⁶ El principio defendido por la norma –a nuestro parecer –no tiende a asegurar la eficacia de las diligencias ni importa exigir el cumplimiento de las formalidades establecidas celosamente en varios artículos precedentes, siempre que no se vulnere las situaciones o hipótesis previstas en el artículo 161 del Código Procesal Penal.

- 1) si ha existido error sobre la identidad de la persona notificada o sobre el lugar de la notificación;
- 2) si la resolución ha sido notificada en forma incompleta;
- 3) si en la diligencia no consta la fecha de su realización o, en los casos exigidos, la entrega de la copia;
- 4) si falta alguna de las firmas requeridas; y,
- 5) si existe disconformidad entre el original y la copia”.

La norma es categórica al sentenciar “toda notificación que se hiciere en contravención a lo prescripto será nula”; sin embargo, en la inteligencia de salir de esta fórmula, la norma comentada dispone: “la notificación será nula, siempre que cause indefensión”; que valga la aclaración, las hipótesis del artículo 161 del C.P.P., parece de lo más correcto; pero ¿Qué sentido tiene en establecer modalidades o formas de la notificación si al final, se terminaría con una sola disposición que gobierna toda la institución de la notificación?. Vale decir, y según el artículo comentado, no importa que se trasgredan las modalidades, siempre que no se caiga en algunas de las situaciones previstas en los cinco incisos”.

g. LA FORMA DE LA CITACIÓN: BREVE ANÁLISIS

“Artículo 162. CITACIÓN. Cuando sea necesaria la presencia de una persona para algún acto procesal, el juez, el tribunal, o el fiscal en su caso, ordenará su citación. Esta será practicada de acuerdo con las formas prescriptas para la notificación, según el caso. Los imputados en libertad, la víctima, los testigos, peritos, intérpretes y depositarios judiciales podrán ser citados por medio de la Policía, funcionarios del Ministerio Público o por telegrama colacionado. Se les advertirá de las sanciones a que se harán pasibles si no comparecen y que, en este caso serán obligados a comparecer por la fuerza policial, de no mediar causa justificada. El apercibimiento se hará efectivo inmediatamente. La incomparecencia injustificada hará incurrir en las costas que se causaren,

sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. En todos los casos la cédula de citación expresará bajo pena de nulidad:

- 1) la autoridad que la ordenó;
- 2) la denominación de la causa;
- 3) el objeto; y,
- 4) el lugar, día y hora en que el citado deberá comparecer...".²⁰⁷

La **citación** es un modo de provocar la comparecencia del imputado en el proceso mediante la notificación de su llamado. Esta modalidad de convocatoria es la que más se ajusta a los mandatos constitucionales, pues la interferencia en la libertad de una persona distinta es mínima, ya que la ley lo invita a que no tenga otras molestias, dándole la certeza que su consentimiento fructificará en una libertad anticipada; no obstante, la citación contiene la amenaza implícita que, de no cumplirse, tiene como consecuencia la comparecencia forzada (detención).²⁰⁸

Se puede sostener también que por citación se entiende el acto procesal por el cual se dispone la comparecencia de una persona ante el juez en un momento determinado de la substanciación de la causa a fin de practicar determinada diligencia judicial. El emplazamiento, por su parte, es el acto por el cual el Juez fija un espacio de tiempo a las partes para la realización de un determinado acto procesal.

Referente a la citación y emplazamiento, debemos puntualizar que si bien en la práctica se los utiliza indistintamente, sin embargo no son términos sinónimos desde el punto de vista histórico y doctrinario.

²⁰⁷ De estos requisitos señalados en la norma surge de manera clara que el instrumento (cédula), en virtud del cual se pone a conocimiento del notificado por parte del funcionario judicial comisionado, **debe contener bajo pena de nulidad** de lo actuado el nombre de la causa o proceso, en el que recayó la resolución a ser notificada.

²⁰⁸ Art. 240 inc. "3" del Código Procesal Penal.

En tanto que la citación era el llamado que el Juez hacia a las partes, o a los testigos durante el término de prueba. Es de señalar que la distinción señalada desapareció durante el procedimiento extraordinario, al punto de llegar a emplearse indistintamente ambos vocablos para significar el llamamiento al demandado a fin de que conteste la demanda dentro de un plazo determinado.

h. AUDIENCIA: PLAZO PARA SU NOTIFICACIÓN

“Artículo 163. AUDIENCIA²⁰⁹. Cuando el juez o tribunal disponga la realización de una audiencia, fijará la fecha, hora y lugar en que se celebrará, con una anticipación que no será inferior a cinco días. Al efecto se entenderá que todas las partes han sido convocadas, salvo que la convocatoria se refiera a alguna de ellas en particular”.

En la etapa preparatoria el fiscal es el encargado de realizar las audiencias, indagatorias, testificales, etc., salvo el caso de anticipo jurisdiccional de prueba, que se encuentra a cargo del Juez Penal de Garantías por constituirse en un acto definitivo y válido como prueba para el juicio oral y público; a diferencia que las diligencias del fiscal no podrán ser utilizados en ese procedimiento, sino para el requerimiento fiscal a fin de imputar y formular acusación, si existieren méritos.

Es dable señalar que el código en forma categórica expresa, que durante la etapa preparatoria, los jueces penales llevarán un expediente de actuaciones, en el que incluirán SOLAMENTE: a) las presentaciones de las partes, b) sus propias resoluciones; c) actas de anticipo jurisdiccional.²¹⁰

²⁰⁹ La expresión audiencia proviene del verbo “audire”, que significa el acto de oír un juez o tribunal a las partes, para decidir los pleitos o causa. Referente al punto, el procesalista ALCALA ZAMORA expresa que la palabra audiencia en la legislación procesal tiene diferentes significados, aunque todos ligados con la acción de oír a las partes durante la substanciación de la causa. Desde el punto de vista jurídico, audiencia significa la oportunidad otorgada por el órgano jurisdiccional a las partes de tal suerte a ser escuchadas en el proceso.

²¹⁰ Conforme así lo establece taxativamente el artículo 283 del Código Procesal Penal.

i. TRASLADO A LAS PARTES

“Artículo 164. TRASLADOS A LAS PARTES. Cuando este código lo disponga, se correrán traslados a las partes, que serán diligenciados por el secretario o por el ujier notificador, según el caso; entregándose al interesado, bajo recibo, las actuaciones en las que se ordenaren o sus copias, a su costa.²¹¹

El secretario o el ujier notificador hará constar la fecha del acto, mediante providencia escrita en el expediente, firmada por él y por el interesado.

Todo traslado que no tenga plazo legal fijado se considerará otorgado por tres días.

Cuando no se encontrare a la persona a la cual se deba correr el traslado la resolución será notificada conforme a lo dispuesto en el artículo 157 de este código.

El término comenzará a correr desde el día hábil siguiente.

El interesado podrá retirar de secretaría el expediente o sus copias, a su costa, por el plazo que faltare para el vencimiento del término.

Vencido el plazo por el cual se corrió el traslado sin que las actuaciones fueran devueltas, previo informe del secretario, se librárá orden judicial inmediata al oficial de justicia para que las requiera o las incaute, autorizándolo a allanar domicilios y a hacer uso de la fuerza policial, según el caso.

Los traslados²¹² serán nulos en los mismos términos que las notificaciones”.²¹³

²¹¹ En los trámites de los incidentes y excepciones (Art. 330, párrafo tercero del Código Procesal Penal) dice “el juez dará traslado a las otras partes por tres días para que lo contesten y ofrezcan prueba”.

²¹² El traslado es un acto procesal en virtud del cual se sirve para impulsar el procedimiento. Tiene como fin garantizar un diálogo y asegurar la plena efectividad de la complejión dialéctica. En un régimen democrático la voluntad del juez no tiene el carácter de soberano, sino que es un árbitro que intermedia entre las partes, y en el que el traslado constituye un acto previsto para dictar resolución, salvo que sea una cuestión de puro derecho.

²¹³ El traslado se dispone mediante resolución judicial de la que se notifica por cédula de confor-

En el lenguaje forense, traslados son las comunicaciones que se hacen a cada una de las partes litigantes, respecto de las pretensiones o alegatos de la otra. De estas comunicaciones deben hacerse en papel simple tantas copias firmadas cuantas sean las personas que litigan.

En otras palabras, traslado es el acto procesal por el cual se comunica a las partes la petición formulada por la adversas. De conformidad al artículo 303, aún cuando expresamente no disponga, sin embargo del párrafo final se deduce, al decir “se dispondrá copia de la misma (acta de imputación) al fiscal interviniente a los efectos de su notificación al imputado.

El plazo de tres fijado en el párrafo tercero del artículo comentado concuerda con el plazo establecido en el Capítulo pertinente a los incidentes y excepciones. En cuanto a la notificación, el párrafo cuarto del presente artículo, formula una remisión al artículo 157.

Sin la debida notificación de una resolución judicial, de acuerdo a la ley, ningún plazo comienza a correr. El plazo de tres días comenzará a computarse desde el día siguiente hábil de la notificación practicada en debida y legal forma; vale decir, si la notificación es defectuosa no rige ningún plazo hasta tanto se formalice debidamente.

midad a las disposiciones del artículo 157. Es obvio que se opte por esta modalidad desde el momento que traslado implica no solamente notificación sino las copias de los escritos presentados, o bien se permite a los abogados y defensores el retiro del expediente, o se remite a las oficina de fiscales, etc. El traslado implica practicar la notificación únicamente por cédula en razón del acompañamiento de las copias simples; circunstancia que no podría cumplirse por los otros medios previstos en la Ley.

CAPÍTULO VII

ACTOS DEFECTUOSOS QUE PUEDEN DERIVAR A UNA NULIDAD EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL

1. DISTINCIÓN

En cuanto a las causas o actos defectuosos en el sistema procesal penal que eventualmente pueden derivar en una nulidad se distingue entre los errores de procedimiento (*in procedendo*) y de razonamiento (*in iudicando*). Los primeros son aquellos que ocurren cuando alguno de los actores procesales pasa por alto de manera intencional o inadvertidamente reglas procesales para el cumplimiento de actos dentro del proceso.

Los errores *in iudicando* suceden cuando el Juez toma decisiones durante el proceso contra la lógica jurídica, equivocándose en el proceso de subsunción, consistente en aplicar la ley de acuerdo con el supuesto fáctico.

El acto jurídico requiere de ciertos elementos para tener validez, que se clasifican a su vez en esenciales (sujeto capaz, objeto, forma y causa), necesarios (para determinada clase de actos) y accidentales. Dice Gauto que el hecho puede tener apariencia de acto jurídico, pero no será tal si carece de sujeto, objeto o forma.

En el sistema jurídico paraguayo, la nulidad, aún cuando esté contemplada en la misma ley como de puro derecho, se requiere la intervención de un juez competente. El juez debe actuar inexcusablemente en todos los casos de nulidad o de anulabilidad y, al hacerlo, debe conducirse valorando los elementos de juicio para decretar la sanción correspondiente en su caso.

Para Marcelino Gauto la nulidad es una sanción legal que encuentra su fuente en la fuerza imperativa de la ley, lo que la distingue de las figuras civiles de la revocación o rescisión, que operan en virtud de la voluntad particular.

Sobre el tema, dice Maier que cuando: "...el acto cumplido posee alguna falla en su ejecución –quien lo lleva a cabo no es la persona autorizada para cumplirlo (capacidad), se lo lleva a cabo de distinta manera a la prevista (forma) o en un momento distinto al indicado por la ley (plazo)-, ora porque su contenido no conduce a la consecuencia jurídica deseada, ora porque, aparentemente perfecto según su realización, su génesis no es correcta (error, fraude, engaño). En tales casos el acto debe ser ineficaz para producir la consecuencia jurídica deseada y, cuando se pretende esa consecuencia, la manera de aclarar su invalidez es lo que nuestro derecho conoce genéricamente con el nombre de nulidad..."

En el Código Procesal Penal vigente desde el año 2000 contempla un capítulo especial para las nulidades en el libro II, sin perjuicio que en otras disposiciones de la ley existan normas aisladas sobre el mismo tema. Entre las más importantes debe mencionarse el principio de inviolabilidad de la defensa (art. 6) en el que concretamente se indica que la inobservancia del respeto a esta garantía conlleva la nulidad absoluta del proceso. Además de esta disposición clave para el respeto del debido proceso pues protege al justiciable frente al poder punitivo del estado, existen otras incorporadas por el legislador en determinados casos cuando considera que la violación de las reglas procesales lesiona derechos de los sujetos hasta el punto que debe imponerse una sanción.

2. NULIDADES A PARTIR DE LA INOBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS:

En cuanto a la inobservancia de las garantías podemos señalar igualmente que los actos procesales que violan un principio o garantía no tienen la validez acordada por la norma legal, son nulos y no pueden ser convalidados, por razón de que los mismos son en realidad principios y garantías constitucionales y los

actos que vulneran la Constitución son nulos y no pueden ser convalidados.

Al respecto, señala **Cafferata Nores**: “esta concepción de la nulidad la aleja de la idea de custodia de simples formalidades o rituales huecos y rescata su función de herramienta técnica garantizadora (noción estricta de garantía) del respeto a los derechos del imputado, en la que se inspiran las formas sustanciales del proceso penal”

El Código Procesal Penal resta toda eficacia probatoria a los actos violatorios de los principios y garantías procesales. En tal sentido establece: “**Artículo 174. EXCLUSIONES PROBATORIAS.** Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías procesales consagradas en la Constitución, en el derecho internacional vigente y en las leyes, así como todos los otros actos que sean consecuencia de ellos”

La norma precedente impide la utilización en el proceso tanto de las pruebas obtenidas mediante la violación de un derecho fundamental (por ejemplo obtenida mediante la utilización de técnicas o métodos que constriñan o alteren su libre voluntad), como igualmente de las pruebas obtenidas por medios indirectos (instrumentos del delito secuestrados del lugar indicado por el imputado mediante su confesión bajo apremios). La imputación del Ministerio Público no puede fundarse en pruebas obtenidas de manera indicada y la sentencia que las admitan sería igualmente nula.

La sanción de la nulidad como consecuencia de la inobservancia de un principio o garantía procesal tiene sin embargo un límite: no puede ser invocada para hacerla valer en perjuicio del imputado, como puede acontecer si se alega la violación de algunos de sus derechos fundamentales para anular una sentencia que le fuese favorable. Por ejemplo, el Ministerio Público no podría solicitar la nulidad de la sentencia que dispuso la absolución de la sentencia que dispuso la absolución del imputado por-

que su declaración se realizó sin que se le haya exonerado del juramento de decir verdad.

Tampoco puede ser invocada la inobservancia de un principio o garantía procesal para hacer retrotraer el procedimiento a etapas ya superadas, si ello puede perjudicar al procesado. Por ejemplo, el Ministerio Público no puede solicitar que se vuelva a tomar declaración al imputado alegando que cuando se realizó esta diligencia no estaba presente su defensor, salvo que el mismo, en forma expresa y con el acuerdo de su defensor, esté de acuerdo que la diligencia vuelva a realizarse. **Art. 12. INOBSERVANCIA DE LAS GARANTIAS.** La inobservancia de un principio o garantía no se hará valer en perjuicio de aquél a quien ampara. Tampoco se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, sobre la base de la violación de un principio o garantía previsto a favor del imputado, salvo cuando él lo consienta expresamente.”

GENERALIDAD DE LAS GARANTIAS. Art. 13 C.P.P.: Los principios y garantías previstos por este Código serán observados en todo procedimiento a consecuencia del cual pueda resultar una sanción penal o cualquier resolución restrictiva de la libertad”.

Los principios y garantías procesales tienen su fundamento en la Constitución, la mayor parte de los cuales se encuentran consagrados en el Art. 17 que realiza una minuciosa enumeración de los mismos indicando que deben aplicarse “En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse una pena o sanción”.

Vale decir, por cuanto que desde el punto de vista Constitucional la Garantía propiamente dicha podríamos definir como los mecanismos de protección concretos, a través de los cuales se pretende hacer efectivo el ejercicio de los Derechos y Libertades Públicas, consagrados o reconocidos en la Constitución, cuando éste es impedido por terceros o por los poderes públicos. En una

acepción más amplia que la planteada, con el nombre de garantías constitucionales se identifican los antiguos derechos del hombre. Todo el derecho está constituido por causa del Hombre, en este sentido los derechos del individuo son intrínsecos, es decir, nacen con él mismo y con la sociedad, y al estar inscriptos en la Ley Fundamental, se aseguran la regularidad, goce y ejercicio normal de ellos, de tal manera que: naturaleza humana, Estado de Derecho o juridicidad son equivalentes. Entendemos así, de que el hombre posee derechos que no le son concedidos, sino que son suyos, anteriores y superiores al Estado o a cualquier estructura social, cultura o política y se le reconocen y proclaman como inviolables por las Cartas Constitucionales modernas, como derechos públicos subjetivos o limitaciones a la acción u omisión de los órganos gubernativos o terceros, quienes están obligados a respetarlos, permitiendo a la persona física en su vinculación colectiva, y por extensión a las personas de existencia ideal o jurídica de derecho privado, público o social, que aquella crea, el disfrute de su libre y eficaz ejercicio, y de un equilibrado bienestar general

La enumeración de los Principios y Garantías procesales del ordenamiento procesal penal nacional está contenida en la Primera Parte General del Libro Preliminar – Título I: del Código de Procedimientos Penales, Arts. 1º al 13, además de todas las disposiciones legales citadas en el presente, con rango Constitucional; las cuales al ser ignoradas o habiéndose producido un error en la aplicación de los procedimientos por parte de los representantes de los organismos jurisdiccionales impulsadas y debidamente fundadas produce consecuentemente las Nulidades del Procedimiento en esferas del Proceso Penal.

7. SANEAMIENTO DE LAS NULIDADES RELATIVAS²¹⁴, CASOS EN QUE SE HALLA CONTEMPLADA SU APLICACIÓN.

Sanear un acto procesal defectuoso es aplicar un remedio procesal para tornarlo válido o eficaz. El saneamiento tiene un efecto positivo sobre la invalidez del acto defectuoso.

El plazo previsto en el código para solicitar el saneamiento de las nulidades relativas es dentro de las veinticuatro horas de realizado el acto considerado viciado; puede también formularse mientras se realiza el acto mismo, o en su caso antes de dictarse la decisión a ser impugnada.

El artículo 168 del Código Procesal Penal, establece en forma clara que, excepto los casos de nulidad absoluta, se podrá solicitar el saneamiento de la nulidad en los siguientes momentos: a) mientras se realiza el acto o dentro de las veinticuatro horas de realizado, cuando quien lo solicita haya estado presente en él; b) antes de dictarse la decisión impugnada, cuando no haya estado presente.

Si por cualquier motivo o circunstancia haya sido imposible a la parte afectada advertir en forma oportuna que el acto adolece de vicio, el interesado deberá reclamarlo dentro de las veinticuatro horas después de conocerlo, es decir una vez tomado conocimiento del acto atacado. La solicitud de saneamiento

²¹⁴ El Art. 169 del Código Procesal Penal establece en forma expresa: “Las nulidades relativas quedarán convalidadas: a) cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento; b) cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto; c) si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados; e) principio de saneamiento. Este principio deriva y se halla sustentado en el principio constitucional de economía procesal, operando preventivamente y evitando con ello atrasos innecesarios en la substanciación de un proceso o causa. El saneamiento viene a ser de este modo el remedio contra el acto procesal defectuoso. Es así que mediante dicho principio, en lugar de declarar la nulidad de un acto, (invalidación del acto, efecto negativo) se busca su saneamiento (subsanción del acto, efecto positivo). De acuerdo a lo expresado más arriba, tres son los supuestos de saneamiento de un acto procesal, a saber: a) la renovación del acto; b) la rectificación del error, y c) el cumplimiento del acto punitivo. Se puede concluir diciendo que la diferencia que existe entre la convalidación y el saneamiento es que éste opera de oficio, en tanto que aquella debe darse a petición de parte. (Art. 186 C.P.P.).

deberá contener una clara descripción de la irregularidad invocada, debiendo individualizarse debidamente el acto viciado u omitido, incluso la parte que lo deduce deberá intentar la posible solución que podría darse al caso.

8. CONVALIDACIÓN.²¹⁵

Las nulidades relativas en cambio, son todos los demás actos procesales defectuosos que no encuentran combinados o afectados por la nulidad absoluta de manera expresa en la norma legal; de esto surge que todos los actos afectados solo por nulidad relativa podrán ser objeto de su saneamiento en los casos debidamente establecidos en el Art. 169 del Código Procesal Penal, pudiendo darse en los siguientes: a) cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento; b) cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; c) si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

La convalidación de los actos procesales defectuosos en cambio opera como una sanción procesal a las nulidades relativas cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento, cuando los interesados hayan consentido expresa o tácitamente los efectos del acto o cuando, pesen a la irregularidad del acto, éste haya alcanzado su fin con respecto a todos los interesados.

Las nulidades absolutas y relativas. Distinción: Carlos Creus explica que el núcleo de la distinción entre las nulidades absolutas y relativas orbita en el régimen de la declaración de la nulidad y – sin salir de esa órbita – en la extensión de posibilidades de manifiesta el vicio para que efectivamente trascienda a

²¹⁵ CASCO, Gerardo Bernal. Manual de Derecho Procesal y Procedimiento Penal, pág. 154

fundamentar la declaración de nulidad, produciendo la ablación de los efectos procesales que el acto ha venido teniendo precariamente. En palabras más simples: para que la nulidad acarree las consecuencias que son propias de ella según el tipo procesal que la consagra. Por las nulidades relativas podemos entender como aquellos actos en donde, a pesar de constatarse un vicio en las mismas, no produce como necesaria consecuencia la extirpación del mismo del proceso, o bien una medida que conlleve a una ineficacia de los efectos procesales que depende de ella o se encuentra vinculados a estos. Así vemos pues, que tales actos pueden ser susceptibles de saneamiento o de reparación en el modo previsto por la norma.

Resumiendo, se puede sostener que todo acto procesal defectuoso, nos referimos a las nulidades absolutas o relativas, puede ser objeto de saneamiento, en tanto que solamente las relativas pueden ser objeto de convalidación.

Concluyendo debemos señalar que durante el procedimiento de conocimiento ordinario deberán ser saneados todos los actos procesales defectuosos.

La conclusión de las etapas preliminar e intermedia producirá la convalidación de las nulidades relativas. La etapa del juicio oral y público tiene un régimen especial, en el que si los actos defectuosos no son saneados, solo con la protesta (recurso de reposición) del acto defectuoso se podrá habilitar los medios de impugnación.²¹⁶

²¹⁶ El art. 452 del Código Procesal Penal expresa al respecto: “Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición, el que será resuelto de inmediato, sin suspenderlas...”.

CAPÍTULO VIII

CONSIDERACIONES FINALES

1. A MODO DE REFLEXIÓN PRELIMINAR

Las Nulidades Procesales en su ámbito de aplicación es muy amplia y acarrea una similitud de cuestionamientos en la práctica forense, puesto que como bien sabemos el Derecho no es una ciencia exacta y ello hace que podamos tener una visión diferente o un abanico de posibilidades a la hora de aplicar o solicitar la Nulidad propiamente dicha en una causa determinada, conforme a las disposiciones legales y Constitucionales establecidas debidamente y de hecho ante una situación accionar ante el organismo jurisdiccional en la forma que corresponda, pues es bien sabido que resulta viable la nulidad de un acto procesal de oficio o a petición de parte, pero en la práctica esto ocurre más por el impulso procesal de una de las partes o de las partes y no precisamente de oficio como debería serlo, y esto se debe quizás en gran medida a la falta de voluntad del juez o magistrado.

La inobservancia del juez o del magistrado en las disposiciones legales de fondo (C.P.) y de forma (C.P.P.) puede acarrear la nulidad de todo el proceso, la errónea aplicación del derecho, la mala interpretación, la falta de argumentación o fundamentación, la incongruencia en la resolución, la motivación aparente, el silencio ante las lagunas legales, los datos erróneos del procesado, las resoluciones dictadas fuera de los plazos procesales y de las pretensiones expuestas por las partes, la falta de la firma del juez, del secretario o peor aún del propio imputado o ante la ausencia de firma de un profesional del derecho, etc., desde el mismo momento en que se encuentra sometido en esferas jurisdiccionales necesariamente da como consecuencia lógica la nulidad del procedimiento y esto termina finalmente otorgándole la absolución al acusado o la libertad al imputado independiente-

mente del hecho por la que haya sido procesado por más agravante o aberrante que sea ante los errores señalados.

El proceso penal necesariamente debe desarrollarse en aras de las disposiciones establecidas en la Ley y en las normas procesales en particular, es más, la Constitución Nacional de nuestro país protege, ampara e impone de manera imperativa el cumplimiento de las disposiciones legales en todo proceso al consagrar las garantías judiciales del inculpado sometido a una causa, la cual se encuentra contemplado en el art. 17 de la Carta Magna; por ende, resulta grave y atentatorio contra todo sistema penal la inaplicabilidad de las normas legales en debida y legal forma, pues todos los componentes del sistema judicial tienen el deber y la obligación de dar cumplimiento riguroso al sistema normativo vigente que tiene por sobre todo el interés superior de la readaptación del procesado y la protección de la sociedad.

Ahora bien, al referirnos a la Ley y más específicamente a las leyes en general por esto entendemos en cuanto a su más amplia significación que son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza misma de las cosas. En este sentido Charles L. Montesquieu en su obra del "Espíritu de las Leyes" establece las cuatro leyes de la naturaleza o ley natural, siendo la primera la "La Paz" y la cuarta el "Deseo de Vivir en Sociedad", a las cuales todos estamos supeditados y por ende necesitamos armonía y garantía absoluta o necesaria para la buena convivencia social.

Bien sabemos que la finalidad del proceso desemboca finalmente en una armonía en la aplicación de la Ley que busca sobre todo proteger las garantías judiciales y procesales a todo aquel que se encontrara sometido en un proceso determinado, y las garantías judiciales deben estar amparadas por sobre todo por los representantes de los organismos jurisdiccionales, llámese jueces, fiscales, defensores públicos, por Abogados, como también por estudiantes de derecho y ciudadanía en gral., todos formando parte de una sociedad democrática en procura de la

paz social y de la armonía jurídica buscando por sobre todo la aplicación de la ley, castigando o condenando al procesado cuando se comprobare fehacientemente la culpabilidad del mismo; disponiendo la libertad del que resultare inocente de aquel que está sometido al proceso cuando se llega a esa conclusión, o en todo caso al no haber el Ministerio Público demostrado la culpabilidad o cuando se haya producido defectos legales en el procedimiento.

De esta manera el presente material que de hecho más que nada es didáctico tiene como finalidad esencial brindar al lector en sus páginas algunas orientaciones que contribuyan de alguna manera y esperando – todos juntos – responsablemente la responsabilidad jurídica de exigir la aplicación de las normas debidamente pre-establecidas con el afán de un ideal jurídico responsable y formal por parte de los representantes de los organismos jurisdiccionales con altura, dignidad y por sobre todo con respeto irrestricto a la Ley. Concluyendo de esta manera y sugiriendo al amable lector la posibilidad de profundización de los temas tratados en los diferentes materiales bibliográficos mencionados a lo largo de nuestro trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Almirón Prujel, María Elodia. Constitución y Derechos Humanos. Edit. Intercontinental. As. Py. 2004.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III, Edit. Heliasta. Bs. As. 1998.
- Cano Radil, Bernardino. Manual de Derecho Constitucional y Político. CATENA edic., As. Py. 2003.
- Casañas Levi, Fernando José. Manual de Derecho Penal. Parte General. Intercontinental Editora, As. Py., 2001.
- CEDENO JIMENEZ, VICTOR LIVIO. La prensa y los delitos de prensa. Fundación para la cultura. Santo Domingo. 1985.
- CHINCHILLA MARIN, CARMEN. La radiotelevisión como servicio público esencial. Tecnos. Madrid. 1988.
- Desantes, José María. Periodismo y Ética.
- Frescura y Candia, Luis P. "Introducción a la Ciencia Jurídica". Edit. Marben.
- González Garcete, Juan Marcelino. "Control de Constitucionalidad", "Habeas Data", "Derechos Humanos", "El rol del Ministerio Público en la Jurisdicción civil".
- Guariglia, Fabricio. "Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad". En Libertad de Prensa y Derecho Penal.
- Maritain, Jacques. Los Derechos del Hombre y la Ley Natural. La Playada, Bs. As. 1972.
- Martínez Miltos, Luis. Teoría del Delito. Edit, El Foro, As. Py., 1981.
- Martínez, José Luis. Descolonizar la Información. Ediciones la hora. Montevideo Uruguay. 1987.
- Mir Puig, Santiago. "El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho". Barcelona, Ariel, 1994.

- Mora Rodas, Nelson Alcides. "Código Penal Paraguayo Comentado". Intercontinental Editora, As. Py., 2001.
- Muñoz Conde, Francisco; González Macchi, José Ignacio. "Introducción a la Teoría General del Hecho Punible". Ediciones Jurídicas CATENA S.A., As. Py. 2003.
- Peces-Barba, Gregorio. Cursos de Derechos Fundamentales. Teoría General. Universidad Carlos III, Madrid 1995.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 7ma Edic. Editorial Tecnos (Grupo ANAYA, S.A.), Madrid 2001.
- Silva, Espejo, René. Libertad de Información y Derechos Humanos". 1968
- Soto Estigarribia. La Injuria. Editora Litocolor SRL. Asunción Paraguay. 2007
- Soto Estigarribia, Juan Vicente. Delito contra el honor. Calumnia difamación e injuria. Editora Litocolor. Asunción Paraguay. 2005.
- ZANNONI, EDUARDO A. y BEATRIZ R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Buenos Aires. 1993.
- Trotti, Ricardo. La dolorosa libertad. En busca de ética perdida. Editorial Atlantida. Buenos Aires. 1993.
- Vázquez Rossi, Jorge E. ; Centurión, Rodolfo Fabián. Código Procesal Penal, Comentado. Intercontinental Editora, As. Py. 2005.
- Wessels, Johannes. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Depalma, Bs. As., 1980.
- Prof. Dr. José Fernando Casañas Levi. Actos Defectuosos que pueden derivar a una Nulidad en el sistema Procesal Penal.
- Alvaro Velloso, Adolfo. Presupuestos de la Nulidad Procesal.

- Katty Mabel González Villanueva. Garantías Constitucionales en el constitucionalismo Iberoamericano. Intercontinental Editora, As. Py., 2006
- Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Edit. Heliasta. Bs. As. 2004.
- Modesto Elizeche Almeida. Introducción al nuevo proceso penal paraguayo. Volumen I – Principios y Garantías Procesales., As. Py., 2000
- Anselmo Ayala, Esteban Kriskovich, Rogelio Bozzano. Curso de Lógica del Derecho, As. Py., 2003
- Vazquez Rossi, Jorge Eduardo; Centurión Ortiz, Rodolfo Fabian. Código Procesal Penal Comentado. Intercontinental Editora, As. Py., 2005.
- Charles Montesquieu. Del espíritu de las Leyes. Ediciones Libertador. Buenos Aires, 2004.