

**Las Nulidades Procesales en
la esfera del Proceso Penal en
Paraguay: Una visión
constitucional**

PREFACIO

Comparto 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 quisiera el autor – los temas neurálgicos de las nulidades procesales en materia penal en nuestro País, fruto de mis experiencias como Actuario Judicial por más de 15 años y de la Fiscalía actualmente, 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” – 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–, 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.

Igualmente, al final de la obra encontrarán abundante jurisprudencia nacional al respecto, dictadas tanto por la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal en lo Penal de la República al resolver los distintos casos sometidos a su jurisdicción.

La **segunda parte de la obra**, abarcará las nulidades procesales en el ordenamiento Jurídico de Venezuela, que abarcará toda la problemática de las nulidades en dicho ordenamiento jurídico, para brindar a los estudiantes de derecho, abogados, jueces, fiscales y ciudadanos en general tenga una fuente bibliográfica completa sobre dicho instituto en otros Países y así poder contribuir en el afianzamiento del derecho.

El presente trabajo, 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 y profesionales e incentivara su estudio, este modesto trabajo ya lograría su propósito.

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

Por otro lado, suplico al público lector no vea en esta obra una pretensión de mi parte de presentarme como autor 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 mis clases, para ayudar a los estudiantes a rendir el examen de rito, cuya bibliografía se encuentra al final de la obra.

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.

Abogo para que se realicen nuevas y prolijas investigaciones sobre las nulidades procesales y así contribuir al debate nacional y 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, mi agradecimiento especial a la editora AVEZAR por encarar la publicación de la presente obra.

EL AUTOR

CAPITULO I: “ASPECTOS GENERALES DE LAS NULIDADES PROCESALES”

- Introducción

La finalidad del presente capítulo es intentar un análisis del régimen de nulidades establecido en el Código Procesal Penal, a través del funcionamiento de sus distintos institutos.²

Cuando un acto procesal contiene los requisitos establecidos en la ley, puede decirse que se trata de un acto perfecto, es decir, desprovisto de todo vicio y, por lo tanto, plenamente productor de efectos jurídicos; en cambio, cuando se abandona esta observancia integral de las formalidades legales, se ingresa en un campo progresivo de imperfecciones que pueden asumir una relevancia mínima, como en el caso de la denominada mera irregularidad, hasta una máxima, la inexistencia; a su vez, entre los dos extremos en distinta escala se encuentran la caducidad la inadmisibilidad y las nulidades relativas y las absolutas.³

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”.⁴

No es nuestra intención, pues carece de utilidad, hacer seguidamente una larga disquisición de la lista de formulación del mencionado principio en nuestro ordenamiento jurídico penal.

² 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, acarreaba 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...”

³ 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.

⁴ PESSOA, Nelson R. Las nulidades procesales en el derecho Penal, pág. 23

Tomaremos como base la regla consagrada en el Art. 165 Código Procesal Penal que dice: “...PRINCIPIO. NO PODRÁN SER VALORADOS para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, LOS ACTOS CUMPLIDOS CON INOBSERVANCIA DE LAS FORMAS⁵ y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código, salvo que la nulidad haya sido convalidada”.⁶

En la opinión de los tratadistas, más allá de alguna pequeña diferencia de tipo lingüística, 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.

El **concepto de la nulidad procesal**⁷. 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”.⁸

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”.⁹

Enseña el Profesor Luis de Gásperi que “la nulidad no es más que la consecuencia de la obligatoriedad de la Ley, es decir, inherente a la majestad de la Ley es su sanción”.¹⁰

⁵ Las mayúsculas son nuestras.

⁶ 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...”.

⁷ 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 esté 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 del proceso y si el acto irregular no se cumplió, todavía no existe alteración a corregir.

⁸ Eduardo B. Carlos. Enciclopedia Jurídica OMEGA, Tomo XX, Voz “Nulidades Procesales”, pág. 538

⁹ Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires, Tomo I, pág. 718.

¹⁰ Anteproyecto del Código Civil Paraguayo.

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”.¹¹

Clasificación de las Nulidades¹²: 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.¹³
- II. **ESPECÍFICAS:** La sanción procesal se halla expresamente conminada en la norma que regula el acto en particular.¹⁴
- 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.¹⁵
- IV. **ABSOLUTAS:** Según los efectos que producto 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.
 - b) No son convalidables o subsanables (salo lo dispuesto en el artículo 12 del Código Procesal Penal)¹⁶
- V. **RELATIVAS:** Son relativas todas las demás, es decir aquellos actos que no lesionan una garantía constitucional y pueden ser subsanados o convalidados.

¹¹ Introducción a los Hechos y Actos Jurídicos. 1996

¹² 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...”.

¹³ 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.

¹⁴ Serían sus ejemplos la aplicación de los Arts. 34 y 36 de la C.N.; arts. 161 (notificación), 200 (intercepción de correspondencia), art. 206 (deber de abstención del testigo) todos del Código Procesal Penal.

¹⁵ 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 *non bis idem* o doble juzgamiento.

¹⁶ 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.

La regla dice que todas las nulidades son relativas porque pueden ser corregidas o rectificadas.¹⁷

VI. CARACTERES:

- a) Pueden ser declaradas de oficio a petición de parte.¹⁸
- b) No pueden plantearlas quien las haya provocado, salvo que sea el imputado.¹⁹
- c) Sólo puede pedir las quien tenga interés.²⁰
- d) Son subsanables o convalidables.

El **sustento del sistema procesal penal**. Trataremos de ser prácticos y buscaremos ahora destacar cuál es la razón o razones –mejor dicho –que dan sustento a este difundido axioma o principio del proceso penal.²¹

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

¹⁷ 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.

¹⁸ 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).

¹⁹ 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.

²⁰ 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 beneficiado con la posibilidad de que pueda intentar de nuevo su sanación, o lo que es peor, invalidarlo.

²¹ 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.

valor (esencial o accidental) éste respectivamente en manos de la parte afectada, del juez y o de la ley.²²

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.

- **La fundamentación²³ constitucional de las Nulidades en el Proceso Penal.²⁴** Para nuestro entender, las nulidades en el proceso penal, tienen un doble fundamento de tipo constitucional.²⁵

²² Estos principios penales se sustentan sobre la base de la DIGNIDAD HUMANA, 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 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.

²³ “.... Debe declarar se la nulidad del auto interlocutorio que desestimó la denuncia que sirvió de base al proceso cuando el 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.)

²⁴ 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.

²⁵ 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.

Ese doble fundamento, que me refería es el siguiente: a) garantizar la efectiva vigencia del debido proceso legal²⁶, y 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).²⁷

- **Característica del sistema.** Es bueno hablar rápido sobre este tema, al señalar enfáticamente que los sistemas denominado **legalista** de las nulidades del proceso penal²⁸ se caracteriza 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.²⁹

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.³⁰

- **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.

²⁶DERECHOS 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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 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.

²⁹ Hasta aquí sabemos dos cosas: a) que solo existen las nulidades que la ley determina o crea; la fuente generadora de las nulidades es la ley, no lo es el juez ni las partes en el proceso, b) que solo se declara nulo un acto procesal en razón del incumplimiento de formas esenciales o sustanciales; no toda irregularidad procesal lleva la nulidad del acto procesal.

³⁰ Esto es lo que se resume en ese axioma, que se encuentra plasmado en nuestro Código Procesal 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...”.³¹

Sería preocupante imaginarnos, por ejemplo, que los requisitos para presentar el Acta de Imputación, la Acusación, el Sobreseimiento Provisional o cualquier acto de carácter conclusivo, la orden de allanamiento, de la forma de la sentencia, de la inspección de personas, vehículos o bienes, su secuestro, dependieran 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 que 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.

Pensamos que en gran medida por la lectura de la jurisprudencia nacional que se ha hecho y se hace una interpretación que ha desnaturalizado lo que consideremos el correcto sentido del principio de legalidad de las nulidades.

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.³²

Seguidamente, expondremos en forma sucinta en qué consiste o cómo funciona el criterio dominante de interpretación del principio de legalidad de las nulidades procesales.

El mismo se construye sobre dos pilares conceptuales, a saber:

³¹ Criterio sustentado por Nelson Ramon Pessoa, en la obra ya citada, pág. 26.

³² 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.

- a) Entiende por “Ley”, en cuanto fuente determinada del criterio de validez 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 ser impuestas bajo amenaza expresa de nulidad.

- 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 fundamento 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 y general.

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.³³

³³ En ese sentido, refiere Nelson Pessoa que: “... a) VARIANTE Y MODALIDAD EXTREMA: En términos resumidos, puede decirse 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 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

CAPITULO II: ¿Existen Límites de las Nulidades Procesales?

- Noción

Al encarar este trabajo, fue una de las primeras interrogantes que me planteo y sobre toda la columna del pensamiento en donde elaboré mi 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 el 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 vamos describir seguidamente algunas consideraciones fundamentales para la declaración de nulidad, y que fueron citados precedentemente.

INTERES: 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.³⁴

PERJUICIO: no cabe 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.³⁵

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).³⁶

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).

³⁴ 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, como lo es el perjuicio que indefectiblemente debe acreditar prima facie el nulificante, parámetro a ser sopesado en momento de decidir sin un acto puede ser saneado, subsanado o en su caso invalidado, con el consiguiente resultado de que queda sin efecto, debiendo realizarse de nuevo.

³⁵ En otras palabras, es necesaria la demostración de un perjuicio real y concreto por la parte afectada por el vicio del acto impugnado.

³⁶ **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 principios 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.

DETERMINAR SUS ALCANCES Y LÍMITES: He aquí la cuestión fundamental, que sucedería en el caso hipotético de que en el transcurso del proceso al realizarse un acto cualquiera se viole una garantía³⁷ 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 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 se 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.³⁸

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.

³⁷ 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 derechos³⁷. 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"*.

³⁸ Sería improducente, 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.

Los principios que rigen las Nulidades³⁹ son:

- I. Especificidad: que hace que las nulidades sean:
 - 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. Transcendencia, 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.

³⁹ 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 transcendencia 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.

7. Conservación, de un principio finalista que conduce al saneamiento del acto, si la misma ha logrado su fin.⁴⁰

- **Pruebas de las Nulidades.**⁴¹

Creemos que la existencia de una causal de nulidad y el consiguiente perjuicio deben ser demostrados de conformidad a lo que dispone el artículo 173⁴² del Código Procesal Penal. Queda por determinar la forma en que se prueba y a quién le corresponde acreditar la existencia del vicio.⁴³

La prueba⁴⁴ debe ser demostrada y requerida en dos situaciones: 1) en el vicio; 2) y en el perjuicio.

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.⁴⁵

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.⁴⁶

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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.

⁴² 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".

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

EN EL CASO DEL PERJUICIO: Generalmente no se podrá acreditar en forma convencional —mediante pruebas—, sino que deberá demostrarse su existencia por meras alegaciones hipotéticas. El perjuicio⁴⁷ 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.⁴⁸

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 Carrara⁴⁹, nos señala cuatro estados distintos del Juez frente a un hecho: de ignorancia, duda, probabilidad o de certeza.⁵⁰

El juez para llegar a la certeza tiene que probar⁵¹ siete particularidades que fueron descritas 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.⁵²

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Pero hay que diferenciar los vicios que surgen palmariamente y aquellos que no se manifiestan en forma expresa.

⁴⁹ Derecho Procesal Penal, 1945, Tomo III, pág. 17

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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 discrecional, 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.

⁵² 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

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 delito, 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 delito.

Resulta harto difícil y particularmente complicado realizar una enumeración taxativa de aquellos motivos que pudieran llegar a nulificar alguna medida probatoria: por ello, pudieran llegar a nulificar alguna medida probatoria; por ello, nos contentaremos 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.⁵³

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.

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.

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.

⁵³ 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.

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 Torres⁵⁴, 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; éstos 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 afectarán 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

⁵⁴ Las Nulidades en el Proceso Penal. Editorial AD HOC, pág. 113

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...”.

Sanciones. Los sujetos del proceso, como señala Leone⁵⁵, deben aspirar a conformar los actos procesales con el mayor apego a las reglas legislativas por un deber de probidad del comportamiento procesal.

Saneamiento de las nulidades relativas⁵⁶, 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 deberá contener una clara descripción de la irregularidad invocada, debiendo individualizarse debidamente el acto

⁵⁵ Tratado de Derecho Procesal Penal, EJE. Buenos Aires, 1963, Tomo I, pág. 669

⁵⁶ El Art. 169 del Código Procesal Penal establece en forma expresa: “Las nulidades relativas quedaran 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.).

viciado u omitido, incluso la parte que lo deduce deberá intentar la posible solución que podría darse al caso.

Convalidación.⁵⁷ 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, pese a la irregularidad del acto, éste haya alcanzado su fin con respecto a todos los interesados.

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.⁵⁸

⁵⁷ CASCO, Gerardo Bernal. Manual de Derecho Procesal y Procedimiento Penal, pág. 154

⁵⁸ 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...”.

CAPITULO III: “CAUSALES DE INEFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES EN EL CODIGO PROCESAL PENAL”.

- Introducción

Al decir de Sergio Gabriel Torres⁵⁹ 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 Florían establece la siguiente graduación:

- a) **Normas** cuya infracción no lleva tras si 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 formas 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.

⁵⁹ En su obra ya citada Nulidades en el Proceso Penal, pág. 169 y ss.

- 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 Darritchon⁶⁰, anotamos seis razones:

- a) Inadmisibilidad⁶¹;
- b) Inexistencia⁶²;
- c) Desistimiento⁶³;
- d) Caducidad⁶⁴;
- e) Deserción⁶⁵ y;
- f) Nulidad⁶⁶.

⁶⁰ Como es el Nuevo Procesal Penal, Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1991, Tomo III, pág. 103 y sigs.

⁶¹ 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 consecuencia, 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 inadmisibilidat del acto y la nulidad de todos los actos que fueron su consecuencia, aun si correspondiere hacerlo en la misma sentencia definitiva, ya que la posibilidad de declarar la inadmisibilidat de un acto caduca recién por imperio de la cosa juzgada.

⁶² 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.

⁶³ 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 presentará 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.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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

CAPITULO IV “EFECTOS DE LAS NULIDADES”.

- 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.⁶⁷

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, 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 al nulidad señale a qué actos afecta esta sanción.⁶⁸

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.

⁶⁷ “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.

Al declararla, el juez o tribunal establecerá, además, a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por relación con el acto anulado”.⁶⁹

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.⁷⁰

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.⁷¹

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

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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)

⁷⁰ “El efecto fundamental de la declaración de nulidad es la privación de todos sus efectos al acto procesal 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 acarrearán 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 Comentado, Miguel Oscar López Cabral, pág. 204).

⁷¹ 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.

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 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.⁷²

Extensión.⁷³ 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.

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.

⁷² 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 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 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 esta contenida dentro de las facultades impugnativas de la Apelación y la Casación”.

⁷³ 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.

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.

La **doctrina 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.⁷⁴

Peros tal como advierte José Cafferata Nores⁷⁵ 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.

⁷⁴ 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 tornará inadmisibile; 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 inadmisibile”⁷⁴; 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”. 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, lo 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)

⁷⁵ Los frutos del árbol envenenado. Publicado en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 491

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.⁷⁶

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.

⁷⁶ **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, transparencia, 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 derechos 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)

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.**⁷⁷

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.⁷⁸

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 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.

⁷⁷ Sin embargo, existe excepción al principio precitado, en el sentido de que no se podrá retrotraer 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.

⁷⁸ 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 ultima ratio.

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 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 substanciales 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.⁷⁹

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 sistema de nulidades, ha tenido como norte evitar los abusos a que han sido expuestos

⁷⁹ Código Procesal Penal. Miguel Oscar López Cabral, pág. 203

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”.⁸⁰

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.⁸¹

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.

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.

Siguiendo al procesalista Nelson R. Pessoa⁸² tenemos que:

⁸⁰ Código Procesal Penal Comentado, pág. 204.

⁸¹ 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.

⁸² Las Nulidad en el Proceso Penal, pág. 116.

“Un criterio incorrecto para distinguir nulidades Absolutas y Relativas⁸³. 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 ineficacia 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

⁸³ 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 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...”.

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.

Otro razonamiento incorrecto para resolver el problema⁸⁴. 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.

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 nulidad absoluta puede ser solicitada en cualquier momento procesal.

⁸⁴ Obra citada, pág. 119

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 tribunal⁸⁵ podrá desestimar la petición por extemporánea, 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.⁸⁶

⁸⁵ **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 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 dispuesta para 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)

⁸⁶ 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).

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 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 absolutas⁸⁷ 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

⁸⁷ 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.

colectividad. Siguiendo a todos 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 inadmisible— 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.

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

- 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.⁸⁸

En ese sentido, nuestra legislación positiva, ha consagrado el principio de que las normas procesales⁸⁹ no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando sean más favorables para el imputado o condenado; igualmente que la inobservancia⁹⁰ 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 expresamente 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.⁹¹

- 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.

⁸⁸ Y que otros temas trascendentales, serán tratados en la Parte 2, que prontamente será también publicada.

⁸⁹ 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 transcrita.

⁹⁰ 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.

⁹¹ Arts. 11, 12 y 13 del Código Procesal Penal.

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 37⁹² de dicho cuerpo normativo, ya que es principio constitucional que toda persona tiene derecho a ser juzgado por jueces y tribunales **competentes**, imparciales e independientes.⁹³

“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)

⁹²Artículo 37. REGLAS DE COMPETENCIA. Para determinar la competencia territorial de los tribunales, se observarán las siguientes reglas: 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.

⁹³ Art. 16 de la Constitución Nacional.

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).⁹⁴

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.

- **ACTOS PROCESALES:**⁹⁵

- **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 interrogatorios se realicen indistintamente en uno u otro idioma.

⁹⁴ (**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)

⁹⁵ 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.

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.⁹⁶

En ese sentido, el Tribunal de Sentencia de la Capital, en la causa “Martínez Mendi Pavao, José; Novaes Chimenés, Rafael y otros s/ Posesión y tráfico de estupefacientes, asociación 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.

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

⁹⁶ Art. 116 del Código Procesal Penal

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...”⁹⁷

- 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”⁹⁸

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**⁹⁹ de los jueces intervinientes e igualmente que deberán contener una clara y precisa fundamentación de la decisión¹⁰⁰. La fundamentación¹⁰¹ 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.

⁹⁷ S.D. N° 29 de 14/09/2010

⁹⁸ Art. 18 C.P.P.

⁹⁹ 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 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 mi 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”.

¹⁰⁰ 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...”.

¹⁰¹ 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.

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.¹⁰²

Es dable señalar que la **fundamentación**¹⁰³ 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.

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”.¹⁰⁴

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.¹⁰⁵
2. Decidir cuestiones no planteadas.¹⁰⁶
3. Falta de independencia e imparcialidad.¹⁰⁷

¹⁰² Art. 125 C.P.P.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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 regula la materia.

¹⁰⁵ “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)

¹⁰⁶ “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).

¹⁰⁷ 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.

Y, otras cuestiones que serán tratadas en forma más detalladas en el segundo tomo del libro, al desarrollar los fallos de la Excm. Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la decisión de nulidades procesales.

- 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,¹⁰⁸ 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 presten el apoyo necesario para el normal desarrollo del juicio.¹⁰⁹

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.¹¹⁰

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.

¹⁰⁸ Art. 120 C.P.P.

¹⁰⁹ Art. 121 C.P.P.

¹¹⁰ 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.

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.

- **Actas^{III}**

Con relación a la redacción de las actas¹¹² 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 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,

¹¹¹ En la causa caratulada “Recurso extraordinario de casación interpuesta por el Abogado Ruben 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...”.

¹¹² Art. 122 C.P.P.

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 adquiera 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...”.¹¹³

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.¹¹⁴

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 Fiscal.

¹¹³Tribunal de Apelación de Feria, Asunción. Cano Diaz, Juan Luis y otro s/ Robo agravado y otro. (A. I. N° 7). 10/01/2011

¹¹⁴ “...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 policía no puede efectuar investigaciones carentes de dirección judicial...” (Acuerdo y Sentencia Nro. 1012/2002. Voto del Dr. Felipe Santiago Paredes).

En la ciudad de.....capital o localidad de....., a los.....días del mes de.....del año de....., siendo las.....horas, comparece ante el Ministerio Público de.....el Señor.....de nacionalidad.....de.....años de edad, de estado civil....., profesión.....domicilio en.....con C.I. Nro.....a los efectos de formular denuncia sobre la supuesta comisión de un hecho punible de.....acaecido en fecha.....contra el Señor.....en el lugar ubicado en.....de esta ciudad. Advertido previamente de las disposiciones penales en caso de denuncia falsa y otras disposiciones legales. Seguidamente el denunciante relata cuanto sigue:.....el día....siendo las.....horas, el Señor.....estando en compañía de.....realizó.....(describir el hecho y las circunstancias que lo rodean, así como una calificación jurídica preliminar) resultando víctima....., siendo testigos.....domiciliados en.....Con lo que se dio por terminada el acta, firmando (estampando la impresión pulgar lado derecho) el denunciante (o su representante, mediante poder especial). Conste.

Firmas

Denunciante (o impresión dígito pulgar lado derecho)

Funcionario Fiscal o Encargado de Mesa de Entradas de Denuncias

Entre los actos de investigación fiscal, que deben ser labradas en actas, son en primer lugar, la declaración indagatoria del imputado, la declaración de testigos, el acta de levantamiento de cadáver, de inspección de lugares, reconocimientos y todas las actuaciones que no requieran autorización jurisdiccional.¹¹⁵

- Plazos procesales¹¹⁶

Nuestra norma establece que los actos procesales serán cumplidos en los plazos¹¹⁷ establecidos. Los plazos legales y judiciales serán perentorios e improrrogables y vencerán a

¹¹⁵ Art. 316 C.P.P.

¹¹⁶ 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 reponerse según el caso a través de la prórroga ordinaria o extraordinaria (Arts. 134, 325 y 326)

¹¹⁷ 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

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.¹¹⁸

En ese sentido se tiene que el artículo 139 del Código Procesal Penal, en forma categórica y clara establece que:

“PERENTORIEDAD EN LA ETAPA PREPARATORIA¹¹⁹. 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...”.¹²⁰

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

máximos de duración del procedimiento, para lo cual se propone cláusulas fuertes que atacan frontalmente el problema de la morosidad judicial.

¹¹⁸ Art. 129 del Código Procesal Penal.

¹¹⁹ 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 razonable, 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.

¹²⁰ 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.

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.¹²¹

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 dentro del nuevo Código Procesal Penal.

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 querella, pone en movimiento el proceso penal. Asimismo, el plazo es considerado como una garantía en

¹²¹ 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 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.

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 tres 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 directo 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 persona y el Juez fija fecha para acusar.¹²²

Y finaliza sosteniendo que:

“Como opera el plazo máximo de 3 (tres) 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

¹²² “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.

ejercido antes un acto de coerción directo y efectivo contra persona física determinada e individualizada...”.¹²³

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 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 directo 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

¹²³ Recurso Extraordinario de Casación. Apuntes prácticos para su implementación y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pag. 205.

toda persona sometida a proceso penal tiene derecho a contar con una decisión definitiva en un plazo razonable...”.¹²⁴

- Deberes del Magistrado Judicial en el Proceso Penal

El Artículo 42 del Código Procesal Penal, establece que:

“Los jueces penales¹²⁵ serán competentes **para actuar como juez de garantías¹²⁶ 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 querella adhesiva en la etapa intermedia.

Entre los **deberes del Juez Penal**, tenemos que debe sentenciar¹²⁷ 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.

¹²⁴ 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.

¹²⁵ 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.

¹²⁶ 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.

¹²⁷ 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 debe dictar una providencia, auto interlocutorio o sentencia, 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.¹²⁸

El deber de **fundamentación**¹²⁹, 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.¹³⁰

La interrogante que nos hacemos, ¿Qué es fundar o fundamentar, en qué consiste?¹³¹, 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

¹²⁸ 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.

¹²⁹ “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 Raul 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).

¹³⁰ “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).

¹³¹ Constituye argument esencial del Código la obligacion 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.

“iuria novit curia”¹³², fundamentando la razón jurídica a través de la razón lógica, sino que está obligado a pronunciar una sentencia congruente¹³³, 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.

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.¹³⁴

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.¹³⁵

Alberto B. Bianchi, citado por Néstor Pedro Sagués¹³⁶, 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”.

- **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 inmediatamente 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

¹³² 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.

¹³³ “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.

¹³⁴ “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)

¹³⁵ 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.

¹³⁶ Nestor Pedro Sagues, Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario. Edición Astrea, pág. 192.

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...”.¹³⁷

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 conformidad a lo que dispone el artículo 30I del Código Procesal Penal.¹³⁸

Conforme a nuestra legislación, la policía nacional está facultada para proceder a la aprehensión de las personas, pero solo en caso de flagrancia.¹³⁹

El artículo 239 del Código Procesal Penal, estatuye al respecto que: “APREHENSIÓN DE LAS PERSONAS. La Policía Nacional podrá aprehender¹⁴⁰ a toda

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Artículo 30I. 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.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ 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.

persona comprendida dentro de los siguientes casos, aun sin orden judicial: 1) cuando sea sorprendida en flagrante¹⁴¹ comisión de hecho punible o cuando sea perseguida inmediatamente después de su comisión; se entenderá que existe flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo¹⁴², o inmediatamente después, o mientras es perseguido¹⁴³ 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 detención¹⁴⁴; y, 3) cuando existan suficientes indicios de su participación¹⁴⁵ 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...”.¹⁴⁶

Analizando brevemente esta norma adjetiva, se tiene que:¹⁴⁷ 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 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

¹⁴¹ 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.

¹⁴² 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 consecuencia posteriores, como también, asegurar, como en el caso anterior, la persona del sospechoso y las pruebas en los términos del ritualismo penal.

¹⁴³ Es decir, la norma también considera como flagrancia cuando el sospechoso es perseguido inmediatamente después de haber cometido el hecho punible.

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ Esto se encuentra en concordancia con el artículo 12 y 17 de la Constitución Nacional.

¹⁴⁷ En esta parte de la obra, seguiremos el estudio de Pablo Bareiro Portillo. Código Procesal Comentado. Tomo II. Pág. 27.

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.¹⁴⁸

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha resuelto un caso de aprehensión sin orden judicial, de la siguiente manera¹⁴⁹:

“...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.

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...”.¹⁵⁰

¹⁴⁸ 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...”.

¹⁴⁹ Acuerdo y Sentencia Nro. 86 de fecha 14 de marzo de 2005.

¹⁵⁰ Causa “Darío Wilfrido Torrasca Prantte y otros s/ supuesto hecho de robo agravado”.

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 firmaron 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 mi 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 policiales¹⁵¹ que regulan la actuación de las fuerzas de seguridad frente a las garantías constitucionales.¹⁵²

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

¹⁵¹ Veáanse 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.

¹⁵² Nuestra 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”.

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— constitucional en todos sus aspectos (correspondencia epistolar, domicilio, papeles privados, comunicaciones, etc.) —y la circunstancia de que en la ley rituaria 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.¹⁵³

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:¹⁵⁴

“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 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

¹⁵³ “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)

¹⁵⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acuerdo y Sentencia Nro. 662 de fecha 12 de noviembre de 1997.

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...”.

- 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:

- 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.”¹⁵⁵

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”.¹⁵⁶

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

¹⁵⁵ La ley establece un mecanismo adecuado que se debe seguir con motivo de proceder a las 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 dictamiento de la resolución cuyo conocimiento se pretende de hacer llegar a las partes que integran en la relación procesal.

¹⁵⁶ 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.

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 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.

- **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 edictos¹⁵⁷. Si el imputado está privado de su libertad, se le notificará en el lugar de su reclusión”.¹⁵⁸

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

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ 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 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...”¹⁵⁹

- 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.

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.

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

¹⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acuerdo y Sentencia Nro. 276 de fecha 12 de mayo de 2005.

notificación no se realiza conforme a la ley o hasta que podría producir una nulidad según el caso.¹⁶⁰

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 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 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 “condictio 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/ COHECHO 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 querella, ni solicitado informe de Secretaría de la debida notificación de la querella; 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 querella.

De comprobarse efectivamente que no se ha dado cumplimiento al **plazo** fijado en el artículo 163¹⁶¹ 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 165¹⁶² del cuerpo normativo citado precedentemente.

¹⁶⁰ LOPEZ CABRA, Miguel Oscar. Código Procesal Penal. Pag. 185

¹⁶¹ “... 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)

¹⁶²El 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)

- 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.

- 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 autorice¹⁶³, siempre que no causen indefensión; se preferirá, en todo caso, aquella forma que el interesado haya aceptado o sugerido”.¹⁶⁴

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

¹⁶³ 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. 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.

¹⁶⁴ 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.

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 comience un plazo para impugnar una resolución deberá ser instruido, 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”.¹⁶⁵

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 Domicilio**¹⁶⁶

El Artículo 157¹⁶⁷ del Código Procesal Penal, dispone que: “Cuando la notificación se

¹⁶⁵ 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)

¹⁶⁶ 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.

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”.¹⁶⁸

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.

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,

¹⁶⁷ 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 acto 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 anotarán 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.

¹⁶⁸ 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”.

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:¹⁶⁹

- 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...”.¹⁷⁰

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 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 incurso 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 lectura¹⁷¹

¹⁶⁹ 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.

¹⁷⁰ 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.

¹⁷¹ Podía 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.

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”.¹⁷²

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.

- 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”.¹⁷³

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.

- Nulidad de la Notificación: Casos Prácticos

“Artículo 161. NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN. La notificación¹⁷⁴ será nula, siempre que cause indefensión”.¹⁷⁵

¹⁷² Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Ed. 1941. Tomo I, pág. 741.

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ 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.

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”.

- 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:

I) la autoridad que la ordenó;

¹⁷⁵ 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.

- 2) la denominación de la causa;
- 3) el objeto; y,
- 4) el lugar, día y hora en que el citado deberá comparecer...”.¹⁷⁶

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).¹⁷⁷

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.

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.

- Audiencia: Plazo para su notificación

“Artículo 163. AUDIENCIA¹⁷⁸. 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

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ Art. 240 inc. “3” del Código Procesal Penal.

¹⁷⁸ 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.

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 diferencias 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.¹⁷⁹

- 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.”¹⁸⁰

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 librará orden judicial inmediata al oficial de

¹⁷⁹ Conforme así lo establece taxativamente el artículo 283 del Código Procesal Penal.

¹⁸⁰ 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”.

justicia para que las requiera o las incaute, autorizándolo a allanar domicilios y a hacer uso de la fuerza policial, según el caso.

Los traslados¹⁸¹ serán nulos en los mismos términos que las notificaciones”.¹⁸²

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.

¹⁸¹ El traslado es un acto procesal en virtud del cual se sirve para impulsar el procedimiento. Tiene como fin garantizar un dialogo y asegurar la plena efectividad de la compleción 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.

¹⁸² El traslado se dispone mediante resolución judicial de la que se notifica por cédula de conformidad 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.

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 Paraguay 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 Editor., As. Py. 2005.
- Wessels, Johannes. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Depalma, Bs. As., 1980.