

Capítulo 13

Los Recursos en el Proceso Penal.

1. fundamentos.

El sistema inquisitivo basado fundamentalmente en el control vertical de la investigación escrita, se potenciaba precisamente en el sistema de recursos ordinarios que permitía la revisión casi total de las actuaciones de la investigación a cargo del juez que dirigía el sumario, todo esto, en contraposición a los principios de concentración, inmediación, economía y sencillez que en teoría preconizaban los catedráticos del derecho procesal penal. A nadie sorprendía que un sumario de investigación que legalmente no podía exceder los sesenta días de duración, se eternicen con plazos que oscilaban entre los tres a seis años, todo esto, por diversas causas que ya las expusimos al prologar el comentario al presente código; pero, fundamentalmente una de las principales causas se debía al excesivo ejercicio de materias recursivas ordinarias que al ser promovidas por las partes en ejercicio de la amplitud de la defensa, desbordaban la capacidad de los tribunales de apelación que para resolver cuestiones elementales (*como la expedición respecto a la prisión preventiva que el artículo 350 del CPP de 1890 establecía que debía resolverse en un plazo no superior a las 24 horas o de quejas por retardos de justicia*) demoraban meses y años, todo esto, con el pernicioso efecto de dilatar el debate sobre el fondo de la cuestión que, como también advertiéramos en el capítulo de las medidas cautelares, constituía la excepción antes que la regla (*los presos sin condena, son un ejemplo característico de esta falencia estructural heredado del modelo inquisitivo*).

El modelo de corte acusatorio que se sustenta en la centralidad del **juicio oral y público** con un debate amplio con presencia física del juez y las partes, que postula la función de control popular, desmitifica la concepción tradicional y propia del modelo inquisitivo, en cuanto al criterio tradicional que se expresaba en la necesidad de una **dobles instancia** que postulaba, a su vez, el control **vertical** de la calidad de las resoluciones y sentencias definitivas.

Por mucho tiempo se creyó y aún existe una resistencia en los operadores de justicia en el sentido que los recursos *-sin discriminar si eran ordinarios o extraordinarios-* debían analizar todo lo valorado y resuelto en la instancia inferior, aunque ello implicaba analizar por segunda vez los hechos, las pruebas que corroboraban el contenido fáctico y, finalmente, el derecho aplicado. Vale decir, en la segunda instancia -o en la tercera, según el caso- se realizaba una suerte de **nuevo juicio** a cargo de un órgano colegiado que en su diseño tradicional pretendía garantizar una mejor expresión de la justicia humana, que se figuraba bajo la máxima **cuatro o seis ojos perciben mejor los errores o analizan mejor la situación del hecho que dos ojos**, claro está, en alusión directa al órgano inferior que estaba organizado sobre la base de un juez penal.

Sin embargo, el problema no estaba en esa aparente nobleza de objetivos acerca de la doble instancia como tradicionalmente se concebía. El modelo escrito típicamente inquisitivo se sostenía en otras formas más perversas de denegación de un verdadero juicio previo como postulado republicano esencial que garantizaba a las personas el uso arbitrario del poder punitivo estatal, ya que como dice el refrán hecha la ley, hecha la trampa, el sistema colegiado de revisión de resoluciones de la instancia inferior se sostenía en la *lectura integral de los legajos registrados en el expediente* y esa era una tarea aburrida y mecánica que, de ordinario, se delegaba en uno de los integrantes del Tribunal de Alzada que actuaba como preopinante. Ese preopinante que era un magistrado numéricamente idéntico al juez penal que dictó la resolución impugnada, sustituía automáticamente esa labor insostenible para cualquier persona que gusta del derecho y no del trabajo rutinario de leer registros intrascendentes la mayor de las veces.

¿Y qué hacían los demás integrantes del colegiado? En la mayoría de los casos se *adherían* al voto preopinante, con lo cual se reproducía el vicio de la instancia inferior y se destruían los nobles ideales de la *doble instancia* que se resumía en la expresión antes acuñada y, por cierto, muy didáctica para apercibirnos de la distorsión *entre teoría y realidad* de la propuesta tradicional de los recursos.

De cualquier manera y obviando por un momento estas contradicciones entre lo ideal y la práctica que acabamos de referenciar, encontraremos un obstáculo de carácter *sustancial* acerca de la manutención del sistema de recursos íntimamente ligado con el modelo inquisitivo que se pretende dejar atrás con esta propuesta del Código Procesal Penal. Ese impedimento se centra en la violación del *nem bis in ídem* o la prohibición del *doble proceso* que garantiza la Constitución y el Código Procesal Penal en todo sistema republicano. Si la Constitución garantiza a las personas imputadas o acusadas serán sometidas a un solo proceso y que cualquier distorsión de este principio conmina la nulidad del segundo debate o estudio sobre los mismos hechos, respecto a las mismas personas y por las mismas causas, es evidente que el modelo tradicional no sólo es inviable en la práctica, sino que atenta contra elementales garantías procesales consagradas en la ley fundamental. De ahí que los recursos no pueden reabrir un debate sobre los hechos y el valor probatorio de los mismos, porque esa tarea es la que esencialmente se produce en el *juicio previo* (incluso se trata de una previsión postulada por el derogado CPP de 1890).

En consecuencia, por razones constitucionales -prohibición del *nem bis in ídem*- el sistema de recursos no tendría que reabrir el debate sobre los hechos, lo que implica sostener, por efecto de tal afirmación, que la revisión integral del proceso en segunda instancia resulta insostenible por su notoria inconstitucionalidad. Precisamente esta es la razón por la cual la Constitución de 1992 para nada se refiere como garantías del debido proceso penal -el artículo 17 esencialmente- el derecho al recurso. No obstante incorporados figuras recursivas que no tienen parecido o similitud con el modelo recursivo ordinario que permitía el análisis repetitivo de todas las actuaciones del proceso registrado en la instancia inferior y que son: los *recursos de revisión de los fallos a favor del imputado o condenado* y el *de casación*, previstos en los artículos 17.4 y 259.6 de la Constitución Nacional, respectivamente.

Estas dos instituciones que doctrinariamente se ubican dentro del género de los *Recursos Extraordinarios*, no analizan los agravios del impugnante sobre la base de todos los aspectos supuestamente omitidos o vulnerados por el juez o tribunal inferior (entiéndase una revaloración de las pruebas ya valoradas en instancia inferior), sino que se remiten al verdadero objetivo de la segunda instancia, cual es, la correcta aplicación del derecho de fondo y de forma, ya que precisamente, directa o indirectamente, sustenta el cuestionamiento del órgano jurisdiccional inferior en el dictado de la resolución. En otras palabras, el efecto de la procedencia de tales recursos no implica un nuevo juicio

de valor probatorio respecto al ya valorado por el órgano inferior, sino que declara la nulidad o invalidez de todo el proceso (*figurativamente se tiene por inexistente el juicio previo irregularmente llevado a cabo por el inferior, todo esto, por falencias en la aplicación de la ley*), salvo los casos en que de la correcta aplicación del derecho resulta intrascendente reponer el juicio o el trámite de primera instancia, claro está, siempre que -la mayoría de las veces- favorezca la posición del imputado. Esta última salida es un agregado del principio de la presunción de inocencia que, a su vez, se traduce en la vigencia del adagio latino *in dubio pro-reo* (en la duda se estará por lo más favorable al imputado).

Como se pudo leer, los recursos extraordinarios jamás analizan el juicio o trámite en lo referente a la valoración otorgada por el órgano inferior, sino que simplemente se avoca al estudio de las normas aplicadas, todo esto, a los efectos de verificar si no se aplicó en forma errónea o directamente se obviaron reglas que invalidan el resultado expuesto en la decisión judicial impugnada. Una vez declarada procedente la impugnación sobre el perfil que acabamos de describir, se aplican los efectos tradicionales de las **nulidades**, cual es, la de tener por inexistente en el mundo jurídico el **juicio declarado inválido** y, por ende, se debe realizar un nuevo juicio o trámite por otro tribunal, con lo cual queda salvada la vigencia plena del principio que prohíbe la persecución penal múltiple (*nem bis in ídem*).

Estas breves ideas expuestas son las que movieron a los redactores al cambio del sistema de recursos en el código y que justifican acabadamente cortar en forma abrupta la práctica del modelo tradicional de recursos al sólo efecto de evitar el estudio sobre el fondo de la cuestión que es propiamente una tarea exclusiva y reservada para el debate oral y público.

Ahora bien, al momento de diseñar el sistema de recursos que aprehende el modelo de procedimiento acusatorio, se pudo advertir un obstáculo salvable, cual es, que en lo referente al **Recurso de Casación** (*verdadero recurso admisible contra las sentencias emanadas del juicio oral y público en el diseño previsto por el CPP*), se otorgaba una competencia exclusiva a la Corte Suprema de Justicia, aspecto que generaría dificultades de orden práctico, ya que si los Tribunales de Apelación no podían conocer en dicho instituto recursivo, se tendría una merma considerable de tareas de dicho órgano que aconsejaría -sobre bases prácticas y limitativas de presupuesto- su eliminación, lo que a su vez, trasladaría una nueva dificultad al seno de la máxima instancia del Poder Judicial, cual es, una sobrecarga de trabajo imposible de atender en la medida de lo humanamente aceptable.

La salida que se potenció y se plasmó en el CPP ha sido la de disfrazar el recurso de apelación contra las sentencias del juicio oral y público bajo las mismas características de la casación, reservando la **Casación** propiamente dicha bajo las mismas características de la **apelación** contra **sentencias de primera instancia**, siempre que la violación o errónea aplicación de preceptos legales sean de naturaleza **constitucional**, materia reservada exclusivamente a la **Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia**. Conforme a lo acotado, se previeron los **recursos de apelación especial contra la sentencia de primera instancia y el extraordinario de casación** bajo los mismos presupuestos genéricos (*inobservancia de un precepto legal o la errónea aplicación de un precepto legal, ya sea de fondo o de forma*) con una diferencia aparentemente sencilla, pero sustantiva a la vez, y que señala al primero de los medios impugnativos de competencia exclusiva de los Tribunales de Apelación siempre que los motivos de la impugnación se refieran a una norma secundaria (*Código Penal y Código Procesal Penal, respectivamente*), mientras que el segundo es competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

cuando los motivos se funden en contrastes con el derecho primario o *Constitucional*, propiamente.

Por otro lado, el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 8.2.h reconoce como un derecho procesal del *imputado* la de recurrir a una instancia superior contra decisiones que agravan su situación procesal. Entiéndase bien, a favor del *imputado* y no a los demás sujetos que intervienen en la relación procesal penal. Esta situación significa que en *todo el proceso y no sólo del resultado del juicio previo (en nuestro caso, juicio oral y público)* el imputado debe contar con los medios de impugnación contra decisiones que le agravan, por lo que se entiende al *procedimiento como un conjunto de actos secuenciales que consta de diversas etapas, claro está, con finalidades distintas en cada una de ellas*. Atendiendo a que el Pacto es un derecho internacional vigente por la Ley No. 1/89 y que en la jerarquía prevista por el artículo 137 de la Constitución es *ley superior al derecho secundario nacional*, se tuvo que mantener el diseño de los *recursos ordinarios*, con la variante que los argumentos de la impugnación no se tienen que ceñir a los mismos parámetros de los recursos ordinarios previstos en el modelo inquisitivo (estudio total de las actuaciones a manera de realizar un doble juzgamiento de la cuestión recurrida), sino que adaptándose a los mismos lineamientos generales de los *recursos de apelación especial y de casación*, respectivamente.

Puntualizando, en las Etapas Preparatoria e Intermedia se mantiene el Recurso de Apelación General con una competencia restringida para los Tribunales de Apelación, en el sentido que deben analizar única y exclusivamente si las normas fueron correctamente aplicadas u omitidas por el órgano inferior. Una reformulación de los hechos analizados por el inferior a través del Tribunal de Alzada sería una distorsión o un retroceso que justamente se pretende evitar con el modelo previsto en el CPP.

Finalmente y por vigencia del principio de *igualdad ante la ley* se previó el derecho de *recurrir* a todos los sujetos que intervienen en el proceso penal, aunque cabría decir que ante cualquier duda o cuestionamiento acerca de quién es el sujeto verdadero legitimado para recurrir cualquier decisión que sostiene causarle un agravio, es precisamente la persona del *imputado* o su *defensor* en estricto apego a lo que reza el *artículo 8.2.h) del Pacto de San José de Costa Rica en concordancia con los artículos 17.1 y 137 de la Constitución Nacional*, respectivamente.

1.1 el recurso modelado por el sistema acusatorio.

Ajustándose al criterio tradicional de las legislaciones modernas, se replanteó la esencia o naturaleza misma del sistema de recursos compatibles con un proceso de corte acusatorio, el cual podrá alterarse sobre ciertas particularidades asequibles a la realidad o necesidad de cada país, cuidando especialmente con mixturas recursivas propias de los procedimientos escritos, en donde el control (o aparente control que se realiza a través de los recursos) es siempre «integral», independientemente de lo que establezcan las reglas ya que se trata de «leer» el expediente nuevamente. Sin duda esto no se puede hacer en un sistema procesal basado en el juicio oral, donde la repetición de dicha instancia es imposible si nos atenemos al principio constitucional de la prohibición de la reapertura de los procesos fenecidos, salvo que beneficie al imputado o condenado (*nem bis in ídem*).

No obstante y como explicamos precedentemente, la figura de la *apelación* se mantiene bajo la nomenclatura tradicional, aunque los presupuestos para su ejercicio se sujetan a las peculiaridades del sistema recursivo en el modelo acusatorio, vale decir, con una competencia restringida de los tribunales de apelación en el sentido que sólo se remitirá al estudio del derecho aplicado (error o inobservancia del procedimiento y de la valoración normativa realizada por el juez o tribunal), lo que de por sí, excluye el análisis in-

tegral del material probatorio que sirviera al magistrado para bordar sus argumentos en la resolución.

Este último aspecto, es aplicable también para las *apelaciones en las Etapas Preparatoria e Intermedia*, pues y como lo especificamos, cualquier vulneración de derechos y garantías del debido proceso penal están sujetos al control horizontal en la audiencia preliminar que es el momento culminante de la preparación del proceso con miras al juicio oral y público. En dicho contexto, el control horizontal de la investigación fiscal por las partes en la Etapa Intermedia se erige en la garantía de bilateralidad y contradicción previa al juicio oral y público para que se puedan señalar los vicios o deficiencias de la labor investigativa desplegada por el ministerio público, lo que a su vez, repercute en el sistema de recursos al punto de restringir el objeto de los mismos, lo que difiere enormemente del sistema previsto anteriormente por el Código de Procedimientos Penales de 1890.

2. Principios rectores.

Analizando los recursos en general, es importante que destaquemos los principales rasgos o principios rectores aplicables a todos los institutos recursivos en particular, de cuya lectura se podrá inferir la vigencia de reglas novedosas que permiten un mejor ejercicio de la materia y, fundamentalmente, una mejor contemplación de los derechos del imputado, dado que solamente éste es el sujeto procesal legitimado en cuanto al derecho al recurso como materia constitucional. De ahí que resulta imprescindible una breve explicación de los principales rasgos para comprender acabadamente el sistema recursivo en un modelo de enjuiciamiento acusatorio.

2.1 Los principios de generalidad y de taxatividad.

Esta regla significa que toda resolución que cause agravios a una de las partes es susceptible de la materia recursiva, según se desprende de la norma internacional que prevé el artículo 8.2.h) del Pacto de San José de Costa Rica en concordancia con el artículo 137 de la Constitución Nacional.

No obstante, existen casos en que expresamente el Código Procesal Penal no admite recurso alguno, en cuya circunstancia los tribunales superiores serán los encargados de declarar inadmisibles el recurso intentado en forma estéril por una de las partes. En este punto es importante efectuar la advertencia de rigor: los jueces y tribunales que dictan una resolución que luego es impugnada por una de las partes, carecen de competencia para determinar la admisión o no del trámite, ya que tal aspecto será primeramente analizado por parte de los jueces que entiendan en grado de apelación, y si declaran admisible el recurso recién se expedirán sobre los fundamentos de aquél.

Este argumento que se acaba de explicitar es el que fundamenta, a su vez, la exclusión de un instituto recursivo en el viejo sistema *-la queja por denegación de recursos-*. Desde el momento que los jueces y tribunales inferiores carecen de la potestad (competencia) de decidir si conceden o no el recurso promovido por las partes *-según lo prevé el CPP-* carece de sustento la manutención de la queja por denegación de recursos, ya que precisamente esta circunstancia se disipa por la exclusión de competencia en la materia que antes sí disponían los órganos jurisdiccionales de grado inferior.

En cuanto a lo que se entiende por gravamen irreparable, debe acotarse que su naturaleza es variable si la comparamos con el concepto manejado en el ámbito procesal civil.

Algunos procesalistas pretenden vincular con el daño o perjuicio que ocasiona una decisión a una de las partes y que sus efectos no puedan enmendarse ni siquiera con el dictado posterior de una sentencia o resolución equivalente. Empero, ese contenido para imbricar el concepto es harto discutida en el campo doctrinario, ya que muchas veces las decisiones preliminares o preventivas que se dictan en el marco de un proceso pueden alterarse con una resolución final que restablece la situación infringida, pero sus efectos dañinos son irreversibles.

Un ejemplo típico sería el de la aplicación de las medidas cautelares de orden personal o real, cuya repercusión sobre la libertad personal o patrimonial del imputado es irreparable, por más que técnicamente más tarde o más temprano se le termine dando la razón acerca de lo injusto de la restricción de su libertad o su disposición patrimonial. Nótese que los valores que se discuten en el derecho procesal penal afectan sensiblemente la dignidad humana y como no se trata de un derecho civil que recae sobre bienes económicos, la distinción del alcance del *gravamen irreparable* es importante y es el punto de partida para determinar que muchas resoluciones por más preventivas o transitorias que fueren pueden afectar seria e irreversiblemente derechos constitucionales y en tal coyuntura, el concepto del gravamen es la “llave maestra” para fundar un recurso ordinario o extraordinario en materia penal.

En síntesis, el gravamen irreparable puede entenderse como el perjuicio provocado sobre la presunción de inocencia de una persona sometida a proceso o los presupuestos que hacen al tratamiento digno de las personas (hipótesis para el caso de la víctima), a través de la inobservancia de uno o más principios elementales del debido proceso insertos en la Constitución Nacional y en el derecho internacional vigente, respectivamente. Dicho gravamen se entiende preexistente, aunque las circunstancias que determinan la adopción de una medida o resolución que comporte un perjuicio irreparable sean susceptibles de revisión o modificación posterior. Reiteramos pues que lo esencial aquí es el significado político del gravamen irreparable que se refleja en lo que uno podría sentir personalmente, soportando la situación injusta –por más transitoria que sea- se erige en un dato sumamente ilustrativo para aperebirnos que un menoscabo presente y coyuntural de mi libertad personal o de ciertas limitaciones impuestas al Estado para intervenir en el ámbito de los derechos personalísimos, v. gr. la correspondencia y el domicilio, etcétera, jamás podrían restañarse por sendas decisiones que revoquen el injusto soportado, porque precisamente lo que prevalece aquí es la condición humana y no una simple coyuntura matemáticamente calculada como “un mal necesario” desde la perspectiva del simple traspaso de bienes.

Aquí el sujeto de la coerción siempre es una persona de carne y hueso, y no un legajo o unos documentos de valor discutible como se proyecta en el proceso civil. Entiéndase pues, que los valores que entran en juego en el proceso penal difieren ostensiblemente de los pergeñados en el proceso civil, por lo que optamos por no incurrir en la superficial interpretación casi uniformada proyectada por el procedimiento civil hacia las demás materia, entre las cuales se encuentra el penal, lo que acostumbra a los operadores del sistema a minimizar los efectos perniciosos de decisiones y optar por una interpretación semántica y sumamente teorizante del alcance del *perjuicio irreparable* para limitar extremadamente el ejercicio del recurso por el imputado que, después de todo, es el único sujeto esencial que tiene legitimación constitucional para su promoción, según lo prevén los artículos 45 y 137 de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 8.2.h) del Pacto de San José de Costa Rica, respectivamente.

2.2 Principio de adhesividad.

Hemos incorporado la figura de la adhesión, es decir la posibilidad de interponer el recurso propio cuando la otra parte lo ha interpuesto y de un modo accesorio a ese recurso, *ya que el desistimiento del principal hace caer la adhesión (accesorio, en cuanto al trámite, no a los motivos, ya que ambos recursos son en ese sentido independientes e, incluso, generalmente contrarios)*, ya que estimamos que es un buen modo de evitar las impugnaciones automáticas y poder decidir la propia conducta luego de observar lo que ha llevado a cabo la otra parte.

La adhesión es posible tanto en el recurso de apelación como en el extraordinario de casación.

2.3 Principio de competencia restrictiva.

Se recoge del sistema clásico de los recursos y el principio, también tradicional, de que el tribunal de instancia superior que entienda en el recurso promovido sólo tiene competencia en tanto el recurso se la ha abierto, es decir, para resolver los puntos de la resolución que han sido impugnados.

Se debe tener en cuenta que en la etapa de los recursos se acentúa la importancia del principio dispositivo del proceso, propio incluso del sistema acusatorio, lo que equivale a decir que la apertura de la instancia de alzada es una decisión de las partes y nunca una “intromisión” de los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, ya que de admitir semejante temperamento (a menudo repetido en la praxis de nuestros tribunales, por la vigencia de un criterio inquisitivo de “controlar” la gestión del inferior por el superior, en un diseño monárquico del sistema jurisdiccional como un esquema vertical y autoritario) se violaría no sólo el principio de IMPARCIALIDAD previsto por el artículo 16 de la Constitución, sino el de INDEPENDENCIA, ya que se podría prestar esta herramienta (a través de su utilización perniciosa) a una suerte de “escarmiento” cuando los jueces inferiores se apartan del “criterio adoptado por los órganos superiores”.

2.4 Principio extensivo.

La decisión que impugna una de las partes agraviadas sólo podrá beneficiar al recurrente, cuando los agravios sostenidos por aquél se sustenten en cuestiones personales. Empero, si los vicios o errores señalados por el recurrente se refieren a cuestiones que afectan a la generalidad del proceso, sus efectos positivos se extenderán a los demás imputados.

Este principio encuentra sustenta en la preservación del principio de presunción de inocencia (artículo 17 de la CN) en concordancia con el artículo 5 del CPP (*in dubio pro reo*) y 10 del mismo cuerpo legal (admisión de la interpretación extensiva y analógica cuando favorezcan los derechos y garantías del imputado o su libertad personal).

2.5 Principio suspensivo.

Dentro del conjunto de principios que organizan el sistema recursivo nacional se destaca aquél por el cual expresamente se suspenden los efectos de la resolución impugnada, mientras se tramite y resuelva en la instancia de alzada. esto contrasta con el viejo sistema en el cual se confundían los efectos suspensivo y devolutivo, por cierto, como un resabio típico del modelo inquisitivo, que lógicamente prodigaron una jurisprudencia complicada y caótica que para nada contribuía con la verdadera naturaleza del régimen de los recursos.

El efecto suspensivo se traduce en una regla general de cumplimiento obligatorio para todas las resoluciones que expresamente no tengan prevista una solución diferente a manera de excepción. El CPP establece que las resoluciones que resuelvan medidas cautelares serán recurribles sin efecto suspensivo, vale decir, que la decisión impugnada por alguna de las partes será cumplida inmediatamente, sin que la tramitación del recurso sea causal suspensiva de los efectos de aquella.

2.6 Principio de la prohibición de la reforma en perjuicio.

Este principio es derivación directa de la inviolabilidad de la defensa prevista en la Constitución, de ahí que funciona para proteger al imputado y no tenga vigencia respecto de los acusadores. Pues bien, dentro del componente del derecho al recurso que dispone todo imputado, se ha entendido en forma extensiva que todas las partes pueden acudir ante un órgano jurisdiccional superior para conseguir la revocación de la sentencia o resolución dictada por el órgano inferior, que resulte desfavorable a sus intereses.

Muchas discusiones han surgido en el transcurrir histórico del derecho procesal penal, principalmente sobre el alcance y los límites de la decisión que pueden emitir los tribunales de segunda instancia cuando apela sólo la defensa. Esto ha dado origen a una interesante doctrina inspirada en la repudiación de la *reformatio in peius*, cuya traducción al castellano significa *reforma en perjuicio*.

La reforma en perjuicio consiste en la prohibición que se establece a los tribunales de alzada de revisar oficiosamente las sentencias definitivas, de modificarlas en perjuicio del acusado, cuando sólo ha recurrido la parte imputada o sus defensores técnicos. Ante el pronunciamiento de una sentencia definitiva de condena recurrida solamente por el procesado, no puede la segunda instancia empeorar la situación procesal del agraviado; sea aumentando el monto de la pena o agregando puciones accesorias o principales que no contenía el fallo primigenio. De admitirse la posibilidad de la modificación de la sentencia recurrida solamente por la parte acusada, se estaría lesionando indirectamente el principio de inviolabilidad de la defensa, consagrado en el artículo 16 de la CN aparte del principio de competencia que exclusivamente se otorga a los tribunales en la medida de la materia del supuesto agravio que permite revisar solamente eso y no más allá de lo apelado.

Cuando la apelación de la sentencia ha sido promovida por el acusado o sus defensores, el agravamiento oficioso de la pena, constituiría un fallo sorpresivo, que impediría el derecho a la defensa, *produciéndose así un perjuicio irreparable e inadmisibile desde la perspectiva de los principios limitadores del ejercicio del poder punitivo estatal democrático y republicano*. Al no existir agravios expresados por el que acusa, no es posible el contradictorio, ya que la defensa no puede defenderse

del recurso, oponiéndose a lo solicitado, produciéndose el fallo sorpresivo que dicta el tribunal en forma oficiosa, vale decir, sin excitación del órgano acusador o de la querrela. Por otro lado, la ausencia de una actividad recursiva por parte del Ministerio Público o la querrela, significa que para éstas el fallo satisface sus expectativas y tal consentimiento se manifiesta en la falta de interés en requerir una modificación del fallo originario.

En consecuencia y ante la falta de acusación, el tribunal no podrá expedirse más allá o fuera de lo peticionado por la parte que recurrió, de tal manera a no incurrir en las denominadas sentencias *ultra* o *extra petita* que es causal de nulidad de la actividad jurisdiccional realizada con estos alcances, por parte del afectado. Sin embargo, no constituye una lesión del principio acusatorio y del derecho a la defensa la simple confirmación de la sentencia recurrida sin agravar la pena impuesta, aunque varíe la calificación de la conducta delictiva del acusado.

El principio acusatorio que rige la aplicación de la reforma en perjuicio, es análogo al que en derecho procesal civil se denomina principio dispositivo de las partes, como un derivado de la autonomía de la voluntad de las partes. El *Derecho Privado lo concibe políticamente como "el interés es la medida de la acción"*, impidiendo que los tribunales puedan expedirse sobre las controversias planteadas por los interesados, extendiéndose más allá de lo solicitado. En el derecho romano estos principios se han consagrado en los aforismos latinos: "*nemo iudex sine actore, en procedat iudes ex officio y sententia debet esse conformis libello en eat iudex et ultra petita partium*".

Limitándose la función de revisión por la segunda instancia, se restringe la actividad cognoscitiva del tribunal, fijándose el *thema decidendum*, es decir, la materia sobre la que versará el recurso, de conformidad a la disposición que efectúan las partes para señalar los aspectos que merecen una revisión del fallo emitido por el inferior.

Finalmente, es necesario recalcar que la garantía de la prohibición de reforma en perjuicio, sólo es aplicable a favor del acusado. De esta manera, los recursos interpuestos por la parte acusadora permiten al tribunal de alzada, modificar eventualmente la decisión a favor del procesado, por la vigencia del principio de presunción de inocencia y su correlato del beneficio en caso de duda.

3. Los recursos ordinarios.

3.1 El recurso de reposición.

Es una materia prevista en el sistema recursivo para atacar las decisiones de mero trámite que dictan los jueces o tribunales, vale decir, providencias o resoluciones que no requieren conocer el parecer previo de las partes para decidir, lo que consideran pertinente.

Bien sabemos que las decisiones son susceptibles de contener errores de apreciación producto de la sobrecarga de labores que dispensan los magistrados de cualquier instancia y, justamente el control de legalidad que asiste a las partes, se sustenta en la posibilidad de impugnar tales decisiones adoptadas sin el previo parecer de aquéllas para enmendar -revocatoria mediante- la decisión primigenia que se aparta de las facultades o atribuciones conferidas al magistrado que dictara la resolución.

El trámite es prácticamente el mismo previsto por el procedimiento civil, con tres agregados novedosos para la disciplina procesal penal, a saber:

- a) *Interpuesto el recurso de reposición, el Juez o Tribunal deberá convocar en el plazo de TRES DÍAS a una audiencia oral en la cual se oirá el parecer de la otra parte, se oirán los alegatos de todos los presentes y dictará inmediatamente resolución haciendo o no lugar al recurso. Entiéndase bien, que el plazo de TRES DÍAS es para la convocatoria a la audiencia y nunca para dictar resolución acerca de la procedencia de la reposición, ya que esta es una actividad que se rige, supletoriamente, por las normas de las audiencias orales que señala inexorablemente la obligación del tribunal unipersonal o colegiado de dictar el fallo inmediatamente después de sustanciarse la audiencia de referencia;*
- b) *Si la parte que recurre en REPOSICIÓN considera que la materia podría ser susceptible de análisis por vía de la APELACIÓN GENERAL, deberá hacer la reserva de tal interposición en el mismo escrito de promoción de la reposición, lo que hipotéticamente deberá tramitarse inmediatamente después de dictada la decisión que desestima la reposición, conforme lo prevé el capítulo del RECURSO DE APELACIÓN GENERAL. En este sentido, el traslado que se correrá a las partes por el plazo de cinco días, luego del cual, el juez o tribunal elevará las actuaciones del trámite al Tribunal Superior para que resuelva acerca de la admisibilidad y eventual procedencia del recurso de apelación general subsidiariamente promovido por el agraviado, y;*
- c) *Si el recurso es planteado en una audiencia oral, la misma se efectuará en la misma forma, vale decir, oralmente y el tribunal que preside la vista dispondrá el trámite en la misma forma y luego resolverá lo que corresponda. Si el recurso se plantea en el juicio oral y público, la norma establece que también el afectado está reservando la impugnación por vía de casación o apelación especial, según el caso, cuando el juez o tribunal que entiende en el juicio resuelva negativamente la reposición esgrimida.*

Una cuestión que genera extrañeza sobre la interpretación que están otorgando algunos tribunales respecto al recurso de reposición es que la oralidad del trámite podría sustituirse por una vista por el lapso de tres días a las demás partes, con lo cual se cumple el requisito de la bilateralidad. Sin embargo, esta interpretación pretoriana, por cierto, se aparta de las reglas de concentración e inmediatez en cuanto al recurso de reposición, lo que conminaría la nulidad de la decisión por violación de la oralidad que es un principio elemental para las audiencias de la naturaleza que fuere, a más que las cuestiones que suscitan las reposiciones no plantean cuestiones materiales, sino formales que hacen a la mejor aplicación del procedimiento penal.

A más de lo expuesto, algunos jueces consideran que la reposición sólo es susceptible de promoción en primera instancia y no ante los tribunales de alzada, lo que contraviene el alcance del tribunal que prevé el artículo 14 del Código Penal cuando define perfectamente al órgano jurisdiccional indistintamente que se constituya unipersonal o colegiadamente, de lo que se puede deducir con claridad que esta interpretación restrictiva es innecesaria, porque su consecuencia genera trastornos a los principios de igualdad para el acceso a la justicia.

3.2 El recurso de apelación general.

El recurso de apelación procederá contra las siguientes resoluciones:

- a) El sobreseimiento provisional o definitivo;
- b) La que decide la suspensión del procedimiento;
- c) La que decide un incidente o una excepción;
- d) El auto que resuelve sobre la procedencia de una medida cautelar o su sustitución;

- e) La desestimación;
- f) La que rechaza la querrela;
- g) El auto que declara la extinción de la acción penal;
- h) La sentencia sobre la reparación del daño;
- i) La sentencia dictada en el procedimiento abreviado;
- j) La concesión o rechazo de la libertad condicional o los autos que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena, y;
- k) Contra todas aquellas que causen un agravio irreparable, salvo cuando expresamente se la haya declarado irrecurrible por este código. No será recurrible el auto de apertura a juicio.

Toda resolución que produzca efectos jurídicos y que agravian a cualquiera de las partes que intervinieran en el procedimiento es susceptible de control por una instancia superior. Estos medios de control o de impugnación se fundamentan en la idea de seguridad jurídica, como un instituto tendiente a evitar los errores judiciales y en la necesidad social de que las decisiones sean las correctas o, por lo menos, la expresión más próxima al concepto de justicia e igualdad. Las medidas de control y de impugnación de las sentencias y resoluciones judiciales se establecen en principio, a través del recurso de apelación, entendido como un modo de impugnación ordinario por el cual se analiza en una instancia de alzada si la aplicación de la norma penal o procesal penal por el tribunal inferior se efectuó conforme a los presupuestos del caso o se aplicó correctamente.

El recurso de apelación se divide en la apelación general y la apelación especial de la sentencia de primera instancia, sustentada en la idea de promover un sistema recursivo ajustado a los estándares exigidos por el sistema acusatorio, vale decir, en la necesidad que el objeto de la apelación se funde única y exclusivamente en el estudio acerca del derecho material y adjetivo aplicado y no trasladarlo hacia el material probatorio que sirvió de fundamento a la sentencia.

Ahora bien, esta situación sería la ideal en un sistema constitucional en el cual se haya previsto el recurso de casación como un medio de impugnación de competencia ordinaria, o sea, susceptible de reglamentación en los tribunales de apelación o cualquiera otra figura procesal que no involucre exclusivamente a la máxima instancia del Poder Judicial, como aconteció finalmente con la Constitución de 1992 que otorga competencia exclusiva a la Corte Suprema de Justicia, lo cual generó la ineluctable reestructuración del sistema recursivo en el nuevo Código Procesal Penal.

De ahí que la apelación especial de la sentencia de primera instancia, como anticipamos en señalar, en puridad no es más que un recurso de casación encubierto, ya que los motivos de tal materia de impugnación son típicamente casacionales, mientras que por razones constitucionales, se cambia la denominación bajo el vocablo Apelación Especial, para evitar contradicciones insostenibles a nivel de ley superior. Fuera de esta circunstancia, el objetivo trazado en materia de apelaciones (sean generales o especiales) es que los motivos para su solicitud deben sostenerse única y exclusivamente en la observancia de la ley penal sustantivo o procesal o en su correcta aplicación de ambas vertientes de nuestra disciplina, claro está, tarea que constituye la competencia restringida del tribunal de alzada respecto al estudio de lo que resolvió el tribunal inferior.

Dentro del análisis del recurso de Apelación General se puede decir que dicha materia procede contra las resoluciones judiciales dictadas durante las Etapas Preparatoria o Intermedia por el Juez de Paz o el Juez Penal, según el caso, siempre que causen un agravio irreparable a los sujetos procesales, a cuyo efecto nos remitimos al alcance político-criminal de lo que se entiende por agravio irreparable que abordáramos al principiar el sistema recursivo en la Ley No. 1286/98.

Entre las decisiones irrecurribles se pueden mencionar las siguientes:

- a) *El auto de apertura a juicio oral y público;*
- b) *La que desestima la recusación de un magistrado o fiscal;*
- c) *La que dispone la continuidad del procedimiento luego de decretado el sobreesi-
miento provisional;*
- d) *La que desestima el archivamiento decretado por el fiscal;*
- e) *La que tiene por registrada el acta de imputación requerida por el ministerio públi-
co, ya que se trata de un acto de mera comunicación y no susceptible del dictado de
una resolución;*
- f) *La que desestima el recurso de revisión por alguno de los motivos previstos en la
ley, y;*
- g) *La que desestima el recurso de casación directa por parte de la sala penal de la cor-
te suprema de justicia.*

Esto no significa que los jueces o tribunales que dictaran estas decisiones no susceptibles de recurso alguno, provoquen, a su vez, que dichos magistrados decidan desestimar *in limine* dichas interposiciones, ya que como anticipamos tal potestad o competencia solamente podrá ser ejercida una vez que culmine el trámite ante el tribunal inferior y dentro del contexto de la resolución, el Tribunal de Alzada determinará si el recurso es admisible o inadmisibile, siendo este momento procesal el oportuno para resolver acerca de la naturaleza del recurso propiamente.

El recurso se interpondrá ante el Juez que dictó la resolución impugnada dentro del plazo de *cinco días hábiles*, quien emplazará a las partes por el mismo plazo de *cinco días* para conocer y contestar el recurso y ofrecer pruebas. Si en dicho trámite se plantean *adhesiones*, se correrá traslado a las partes de tal planteamiento por un plazo común de *cinco días*.

Luego de cumplirse el trámite se remitirán inmediatamente las actuaciones pertinentes al Tribunal de Apelación para que resuelva en el plazo de *diez días hábiles* desde su recepción o si existe solicitud de producción de prueba en la instancia de alzada, el Tribunal convocará a una audiencia de sustanciación en el plazo de *quince días*, momento en el que luego de recibida y producida la prueba resolverá inmediatamente acerca de: 1) *La admisibilidad o inadmisibilidad del recurso*, y; 2) *si se declara admisible el recurso, si es procedente o improcedente*.

Esto último surge de lo que prevé este capítulo en cuanto a que la resolución estará sujeta a las mismas formalidades previstas para la sentencia, y deberá ser fundamentada, con lo que se tiene por incorporados los artículos 469 a 476 del Código Procesal Penal, respectivamente.

3.3 El recurso de apelación especial contra la sentencia de primera instancia.

Sólo podrá deducirse el recurso de apelación especial contra las sentencias definitivas dictadas por el juez o el tribunal de sentencia en el juicio oral. Procederá cuando ella se base en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal. Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho la reserva de recurrir, salvo en los casos de nulidad absoluta, o cuando se trate de los vicios de la sentencia.

Se interpondrá ante el juez o tribunal que dictó la sentencia, en el término de diez días de su notificación, y por escrito fundado, en el que se expresará, concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo. Si las partes estiman necesaria una audiencia pública para la fundamentación complementaria y discusión del recurso deberán solicitarlo expresamente. Si el procedimiento se inició en una circunscripción judicial distinta a la sede del tribunal de apelaciones, el recurrente *-en el escrito de interposición y los demás al contestar el recurso o al adherirse a él-* fijarán nuevo domicilio procesal.

Cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado por el acta del juicio o por la sentencia, se podrá ofrecer prueba con ese objeto; la prueba se ofrecerá al interponer el recurso, al contestarlo o al adherirse a él durante el emplazamiento. Interpuesto el recurso, el tribunal que dictó la resolución impugnada emplazará a las otras partes para que, en el plazo de diez días comunes, contesten el recurso.

Si se producen adhesiones, se emplazará a las demás partes para que la contesten dentro del plazo de cinco días. Vencidos dichos plazos o producidas todas las contestaciones, el juez o tribunal dispondrá la elevación inmediata de las actuaciones al tribunal de apelaciones.

Recibidas las actuaciones, el Tribunal de Apelaciones, si se ha ofrecido prueba, se ha solicitado expresamente la audiencia de fundamentación o, de oficio, convocará a una audiencia pública dentro de los **quince días**. Si no se convoca a dicha audiencia, examinará el recurso interpuesto y las adhesiones, para decidir sobre su admisibilidad y procedencia dentro de los quince días siguientes. Ahora bien, si se declara inadmisibile el recurso, se devolverán las actuaciones al juez o tribunal de origen.

La **audiencia de prueba o de fundamentación** se registrá, en lo pertinente, por las reglas previstas en general para el juicio oral. Quien haya ofrecido prueba tomará a su cargo la presentación de dicha prueba en la audiencia y el tribunal resolverá únicamente con la prueba que se incorpore y con los testigos que se hallen presentes.

En la audiencia de fundamentación complementaria los magistrados podrán interrogar libremente a los recurrentes sobre los puntos insuficientes de la fundamentación o de la solución que proponen, sobre la doctrina que sustenta sus pretensiones o los precedentes jurisprudenciales que han utilizado y ello no se entenderá como prejuzgamiento.

La inasistencia a la audiencia no provocará deserción del recurso, pero quien la solicitó y no concurra deberá hacerse cargo de las costas.

Para la deliberación y sentencia se registrarán por las reglas previstas para el juicio oral y público.

¿En qué consiste el reenvío?

Cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, el tribunal de apelaciones anulará total o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal.

Cuando la anulación sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio.

¿En qué casos el Tribunal podrá dictar decisión directa?

Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el Tribunal de Apelaciones podrá resolver, directamente, sin reenvío.

Los errores de derecho en la fundamentación de la resolución impugnada, que no hayan influido en la parte dispositiva, no la anularán, pero serán corregidos en la nueva sentencia, así como los errores u omisiones formales y los que se refieran a la designación o el cómputo de las penas.

Asimismo el tribunal, sin anular la sentencia recurrida, podrá realizar una fundamentación complementaria. El efecto más importante de la resolución de este recurso se relaciona con la libertad inmediata del imputado, cuando ella proceda, con lo cual se evitan los excesos y dilaciones inmotivados sobre la idea que hay que esperar que la resolución cause “ejecutoria” para proceder a su cumplimiento.

4. Los recursos extraordinarios

4.1 El recurso extraordinario de casación.

Ya hemos señalado que en el sistema de juicio oral, no se puede sacrificar el principio de inmediación bajo el pretexto del establecimiento de los recursos. Ello sería inconstitucional porque el principio de inmediación tiene raíz constitucional y es uno de los pilares de todo el sistema judicial republicano. Las características eminentemente técnicas del recurso de apelación de la sentencia (más cercano a un recurso de tipo casacionario o anulatorio) salva ese principio.

La garantía de tribunales colegiados y la inmediación es suficiente para darle seguridad a las partes en lo relativo a la fijación de los hechos. De todos modos los recursos en el sistema escrito actual nunca son vistos por la totalidad de los jueces del Tribunal de Apelación y también en esos casos ocasiona de hecho, delegación de funciones. La Corte Suprema, con un número pequeño de magistrados no puede actuar como un tribunal completo de casación. Los países donde así ocurre, la Corte Suprema tiene veinte o treinta miembros. No obstante, la distribución del control técnico entre los Tribunales de Apelación y la Corte Suprema permite salvar este problema dentro de los parámetros constitucionales, ya que la ley fundamental permite a la ley determinar los casos de casación en que entenderá la Corte Suprema. Toda vez que se da esta situación y la misma Constitución distingue entre recursos ordinarios cuya competencia se puede atribuir a la Corte y el recurso de Casación, hemos optado por denominar a este último, «Recurso Extraordinario de Casación», pues ese nombre refleja mejor su funcionamiento dentro del proceso que proponemos.

Tres casos habilitan la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

- a) Las sentencias de condena grave, sólo cuando se alegue violación de un precepto constitucional;
- b) Los casos de jurisprudencia contradictoria, de modo que el máximo tribunal pueda unificar jurisprudencia que, aunque ella no tenga carácter obligatorio, sin duda, normalizará la aplicación de la ley por los restantes tribunales, y;
- c) En los casos de sentencias o autos manifiestamente infundados, como un caso grave de sentencia arbitraria (se tendrían en cuenta a los efectos de considerar esta causal, los vicios que permiten recurrir en apelación o casación, señalados en el artículo 403, numeral 4º del CPP), sin perder de vista los preceptos de amplitud de la defensa y la especial situación recursiva del imputado a tenor de lo que reza el artículo 8.2.h) del Pacto de San José de Costa Rica.

Todos son supuestos graves, que justifican la intervención de la Corte Suprema de Justicia.

También se adoptó la posibilidad de interponer el recurso de casación «*per saltum*», es decir, obviando el paso por el Tribunal de Apelaciones (obligado en el trámite común) cuando ya la sentencia de primera instancia contiene un vicio que habilita el recurso de casación. Se debe tener en claro, ya que a veces se ha confundido en nuestra práctica, que la posibilidad de interponer un recurso «*per saltum*» no es lo mismo que el avocamiento. Siempre será necesaria una sentencia de primera instancia y que los motivos de casación existan desde un primer momento.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no puede entender en un recurso de apelación de la sentencia definitiva (competencia del Tribunal de Apelaciones) por simple avocamiento, o sea en forma “oficiosa” sin que medie una expresa petición de la parte agraviada por la resolución recurrida en casación.

En lo demás, el trámite se rige por lo dispuesto para el recurso de apelación ya que nos ha parecido conveniente uniformar el trámite de los recursos. Sólo se ha ampliado el plazo para la resolución a **un mes** teniendo en cuenta los efectos previstos en el Capítulo de control de la duración del proceso.

4.2 El recurso extraordinario de revisión.

Este medio impugnativo reglamentado en el CPP se funda en la previsión del artículo 17.4 de la Constitución Nacional que si bien prohíbe la reapertura de procesos fenecidos, no es menos cierto que habilita tal reapertura para mejorar la situación del imputado o condenado.

¿Quién puede promover este recurso? El condenado o sus parientes y, por estricta aplicación del principio de objetividad y control de legalidad privilegiado que se dispensa al Ministerio Público, dicho órgano.

¿Cuándo se puede promover este recurso? En cualquier estado, siempre que la sentencia se encuentre firme, vale decir, no corresponda recurso ulterior alguno contra la decisión condenatoria.

Los **motivos** son taxativos y se refieren a circunstancias legales y probatorias posteriores a la sentencia firme que cambian radicalmente la posición jurídica del condenado, por cuya causa, la manutención de una sentencia en los términos originarios resulta incompatible con los postulados de ajustamiento a la verdad histórica de los hechos y la sanción penal sobre la base de una reprochabilidad cierta y plenamente comprobada.

Es así que los motivos van desde la comprobación de prevaricato, testimonio falso, declaraciones falsas hasta el cambio de una jurisprudencia en la materia por un tribunal de apelación o la Corte Suprema de Justicia, el cambio de legislación, un indulto, una amnistía, por citar algunas circunstancias.

La solicitud motivará la aplicación del procedimiento previsto para la apelación especial de sentencias de primera instancia, mientras que la resolución que puede adoptar el órgano competente, en este caso, la SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA consistirá en:

- a) *Admitir la revisión y remitir la causa a nuevo juicio oral y público en forma parcial o total, en cuya situación, el tribunal será distinto al que dictó la sentencia revisada y la condena no podrá aplicar sanciones más severas que las sostenidas en la sentencia primeramente dictada, y;*

b) *Si de la correcta enmienda del caso resulta la absolución del imputado (su libertad), la prescripción o extinción de la acción, la sala penal podrá dictar inmediatamente la sentencia en tal sentido y, al mismo tiempo, fijará los montos indemnizatorios para los casos de condena por error judicial.*

Si la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve desestimar el recurso de revisión por considerar que no existen motivos suficientes para la realización de un nuevo juicio oral y público, ello no obsta a que el condenado, su defensor o el Ministerio Público a favor del imputado, planteen en el futuro nuevo recurso de revisión, siempre que el mismo se funde en motivos diferentes a los aducidos en la oportunidad anterior.

Capítulo 14

Las Medidas Cautelares.

1. Fundamento constitucional.

Atendiendo a nuestro diseño constitucional que pretende reflejar el funcionamiento de un sistema político fundado en la democracia republicana y participativa, el proceso penal se erige en la primera garantía para el imputado en cuanto a su eventual enjuiciamiento deberá responder a reglas racionales y que propenden a defender su persona frente a las desviaciones del poder punitivo que representa el Estado y que, repetitivamente, se produce en el escenario de la realidad del conflicto. Lo que se busca es la obtención de unas reglas que sean compatibles con las dos ideas básicas que sustenta la *Constitución de 1992* en el sentido de que *nadie podrá ser privado de libertad si es que, previamente no existe una sentencia que declare la culpabilidad del imputado en virtud de un juicio realizado conforme a reglas dictadas por autoridades competentes con anterioridad al hecho que motiva el proceso*. Vale decir, la estructuración de los principios cardinales de todo proceso penal de corte acusatorio y que se resumen en los presupuestos para el *juicio previo* y la *presunción de inocencia*, respectivamente.

El artículo 17.3 de la CN establece que toda persona tiene derecho a un juicio previo, fundado en una ley anterior del hecho del proceso, lo que significa que solamente existirá culpabilidad mediante sentencia que así lo declare sobre la base de unos actos procesales secuenciales que reciben el nombre extensivo de juicio previo; como correlato de la idea del juicio previo, debe añadirse necesariamente la presunción de inocencia como principio constitucional consagrado en el artículo 17.1 de la CN, de cuyo concurso se puede obtener una visión general acerca de la privación de libertad en un proceso penal a tenor del diseño constitucional precedentemente expuesto y que se traduciría en la siguiente posición: *la percepción apriorística que por virtud de las dos ideas básicas esbozadas, resultaría imposible aplicar la fuerza punitiva estatal durante el proceso penal, o sea, lo inviable de aplicar medidas cautelares contra las personas imputadas mientras no exista una sentencia condenatoria proveniente de la culminación del juicio previo*. Empero, esta conclusión inicial no guarda relación con la previsión del artículo 19 de la CN que admite la posibilidad de aplicar medidas restrictivas de libertad durante la sustanciación del proceso penal, en particular con la prisión preventiva, siempre que se reúnan los requisitos de indispensabilidad y consecuente excepcionalidad, ya que la regla es la libertad de las personas durante el proceso y la excepción su privación.

Es por eso, que la prisión preventiva debe ser diseñada jurídicamente como un instituto cautelar con claras limitaciones para su implementación, porque existen dificultades materiales que dificultan una adecuada justificación de la medida, ya que ordinariamente aparece como una clara limitación al principio de inocencia y la consecuente vulneración del juicio previo, lo que de por sí es suficiente para abrirla con las mayores ga-

rantías, seguridades y consecuentes restricciones en cuanto a su aplicación o interpretación.

Este problema se ha dado en forma reiterada, cuando la prisión preventiva y demás medidas cautelares ha sido tratada en las leyes de procedimiento como institutos fundados en la supuesta culpabilidad *-sobre la base de indicios considerados subjetivamente por el juez-* del imputado y nunca en la aplicación razonable como verdadero medio cautelar que sería la única argumentación que constitucionalmente permita privar de libertad a las personas sometidas al proceso penal.

Lo que se acaba exponer aún sigue latente por la persistencia de una cultura inquisitiva que desdibuja la centralidad del juicio previo y con ello, el carácter excepcional de la restricción de la libertad del imputado antes de la emisión de una sentencia condenatoria.

1.1 La presunción de inocencia y el juicio previo como garantías constitucionales limitadoras de la privación de la libertad durante el proceso penal.

Los lineamientos básicos de la reforma procesal penal en América Latina expresados por **Binder**, aportando ideas novedosas en el ámbito de la prisión preventiva, son sumamente esclarecedores para enfrentar cualquier discusión respecto a los nuevos lineamientos.

El renombrado jurista inicia su explicación, diciendo que: *"...En primer lugar, no se puede aplicar la prisión preventiva si no existe un mínimo de información que fundamente una sospecha bastante importante acerca de la existencia del hecho y de la participación del imputado en él. Éste es un límite sustancial y absoluto: si no existe siquiera una sospecha racional y fundada acerca de que una persona puede ser autor de un hecho punible, de ninguna manera es admisible la prisión preventiva... Pero no basta, sin embargo, con este requisito; por más que se tenga una sospecha fundada, tampoco sería admisible constitucionalmente la prisión preventiva si no se dan otros requisitos: los llamados "requisitos procesales. Estos requisitos se fundan en el hecho de que ese encarcelamiento preventivo sea directa y claramente necesario para asegurar la realización del juicio o para asegurar la imposición de la pena; por lo general, los autores distinguen dos motivos, entre los citados requisitos procesales que se deben agregar al requisito sustancial del grado suficiente de sospecha. El primero es el peligro de fuga, y el segundo, el peligro de entorpecimiento de la investigación..."*

En esta tesitura que expone la doctrina de los más prestigiosos juristas de la materia y que exigen un cambio de *cultura* respecto a la aplicación de las medidas cautelares, es que el artículo 19 de la CN debe interpretarse conforme a criterios restrictivos, proporcionales y excepcionales.

Si el artículo 19 de la CN postula que la prisión preventiva será dictada sólo en casos indispensables o necesarios, significa esto que los contenidos objetivos de tal indispensabilidad o necesidad se guardan en los elementos de convicción que la doctrina moderna abastece al instituto, cual es, su sentido cautelar y no preventivo de una pena anticipada.

La realidad del sistema inquisitivo se encargó de *desnaturalizar* la función cautelar de las medidas de coacción en el proceso penal y para ello basta un recordatorio de situaciones fácticas que denotan tal distorsión:

- a) *Muchas veces los códigos procesales señalan algunos hechos punibles que no pueden beneficiarse con la excarcelación (beneficio del imputado para litigar si restricción de su libertad), fundado en la gravedad o escándalo que pueden producir aquellos respecto a la percepción ciudadana (notoriedad de la supuesta culpabilidad del imputado, afectación de intereses supranacionales en los delitos perseguidos y la visión alarmante que provee la opinión pública respecto al peligrosidad del imputado).*
- b) *De esta manera y atendiendo al artículo 19 de la CN es inconstitucional considerar que ciertos delitos o crímenes son inexcusables, porque la naturaleza excepcional de las medidas cautelares no permite excepciones a dicha regla, por medio de leyes especiales o secundarias, ya que la voluntad legislativa de la ley fundamental abarca para todos los hechos punibles (un caso similar se da con la Ley 1340/88 que prohíbe excarcelar a las personas procesadas por delitos vinculados a narcotráfico);*
- c) *En otros casos, la aplicación de las medidas cautelares también vulnera el principio de excepcionalidad, porque su aplicación se sostiene en los antecedentes penales del imputado y no en la conducta procesal del mismo que permita discernir razonablemente, la posibilidad de fuga o entorpecimiento de la investigación.*
- d) *La prisión preventiva responde a la peligrosidad del autor y antes que una medida cautelar, se convierte en una medida de seguridad mientras dure el proceso, que no es otra cosa que la aplicación de la prisión preventiva como pena anticipada;*
- e) *Cifras porcentuales de la prisión preventiva revelan que casi el 92 % de los procesados sin condena están sujetos a ésta medida cautelar, por lo que el altísimo grado de discrecionalidad que disponen los jueces para su aplicación, convierte a ésta medida cautelar en una regla de actuación casi automática durante el proceso, desnaturalizando la función cautelar de dicha medida y convirtiéndola en la verdadera pena. Además está decir que esta distorsión del artículo 19 de la CN se concatena con la cifra porcentual que revela apenas unos 10 % de condenados privados de libertad.*

De esta manera, *la prisión preventiva como centro del proceso inquisitivo constituye una pena anticipada y al decir del **Profesor Eugenio Zaffaroni**, la emisión de la sentencia como acto concluyente del proceso penal no es otra cosa que una suerte de revisión de la continuidad o no de los presuntos que meritaron, prima facie, la aplicación de la prisión preventiva.* En otras palabras, la sentencia definitiva dictada en un proceso de corte inquisitivo no es más que un recurso de apelación sobre los motivos que determinaban la vigencia de la prisión preventiva.

En elevada síntesis, podemos concluir el tópico señalando que:

- a) *Principiando, no se podría aplicar medida cautelar alguna durante la sustanciación del proceso penal, si atendemos lo que prevén las normas constitucionales que preservan la libertad del imputado durante la sustanciación del trámite;*
- b) *El artículo 17.1 de la CN señala que toda persona contra la cual se alza una imputación, tiene derecho a que sea presumida su inocencia, mientras no exista una sentencia condenatoria que así lo declare;*
- c) *En el mismo nivel ideológico, el artículo 17.3 de la CN señala que la sentencia condenatoria sólo puede provenir de un juicio previo y cuya decisión es el acto trascendental y final de los diversos actos del procedimiento penal;*
- d) *Sin embargo, el artículo 19 de la CN establece que la prisión preventiva puede aplicarse en los casos necesarios, lo cual, determina dos consecuencias jurídicas;*
- e) *Que constitucionalmente se admite la privación de la libertad durante el proceso penal, y;*
- f) *Que esa privación debe fundarse en razones excepcionales.*

2. Principios rectores.

Al sólo efecto de ir desarrollando secuencialmente los diversos postulados que organizan todo el sistema cautelar en materia penal, transcribiremos los preceptos sobre los cuales escudriñamos cada uno de aquéllos para que el lector pueda aperebirse que no se trata de un desarrollo meramente teórico-dogmático, sino con una sólida base jurídica que surge del mismo diseño normativo plasmado en el Código Procesal Penal.

ARTÍCULO 234. PRINCIPIOS GENERALES. Las únicas medidas cautelares en contra del imputado son las autorizadas por este Código.

Las medidas cautelares sólo serán impuestas, excepcionalmente, siempre mediante resolución judicial fundada y durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación.

ARTÍCULO 235. CARÁCTER. Las medidas serán de carácter personal o de carácter real.

Las medidas cautelares de carácter personal consistirán en la aprehensión, la detención preventiva y la prisión preventiva, cuya aplicación se hará con criterio restrictivo.

Las medidas cautelares de carácter real serán las previstas por el Código Procesal Civil. Estas podrán ser impuestas únicamente en los casos expresamente indicados por este Código y en las leyes especiales.

ARTÍCULO 236. PROPORCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcional a la pena que se espera.

En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada hecho punible en la ley, ni exceder el plazo que fija este código para la terminación del procedimiento o durar más de dos años.

ARTÍCULO 237. PROHIBICIÓN DE LA DETENCIÓN Y DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. En los hechos punibles de acción privada, en aquellos que no dispongan pena privativa de libertad o cuando la prevista sea inferior a un año de prisión, no podrá aplicarse prisión preventiva, sin perjuicio de las medidas sustitutivas, que podrán ser decretadas conforme a la naturaleza de cada caso.

ARTÍCULO 238. LIMITACIONES. No se podrá decretar la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años, de las mujeres en los últimos meses de embarazo, de las madres durante la lactancia de sus hijos o de las personas afectadas por una enfermedad grave y terminal debidamente comprobada. En estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará el arresto domiciliario.

2.1 principio de excepcionalidad.

Se plasma en el CPP a través de diversos mecanismos jurídicos que permiten discernir su naturaleza excepcional o de imprescindibilidad para aplicar en las diversas circunstancias que podría encontrarse la persona del imputado.

En un primer sentido, todas las medidas cautelares exigen la concurrencia de ciertos requisitos esenciales sin cuyo concurso, las mismas tendrían que ser revocadas o dejadas sin efecto, en la instancia que se encuentre el trámite procesal.

Es importante distinguir los requisitos que formalmente exige el CPP en concordancia con los mandatos constitucionales relativos a la privación de libertad desde el mismo inicio o durante la tramitación del proceso penal que se formula contra el imputado, entre los cuales merecen puntualizarse:

Los artículos 11 y 12 de la CN prescriben dos exigencias formales elementales:

- a) La restricción de las causales que pueden mover a la restricción de la libertad física de las personas, y;
- b) Que esa restricción debe principiar en una orden escrita de autoridad competente, salvo los casos de flagrancia de la comisión de un delito que merezca pena corporal. Los mandatos constitucionales se concatenan, a su vez, con las prescripciones de los artículos 234 y 235.2 del CPP que genéricamente describen el carácter excepcional de las medidas cautelares, las enumera taxativamente y establece la necesidad de que las mismas cuenten con orden escrita de autoridad competente, a través de una resolución judicial *fundada*.

Una gran discusión que surgía de la ausencia de un marco regulador específico en el derogado CPP de 1890, se ceñía al alcance de la *orden de autoridad competente* el que incluía -por una deficiente interpretación judicial propia del sistema inquisitivo imperante- a las autoridades administrativas, ya que bastaba que exista la decisión de un órgano policial, por ejemplo, para dar cumplimiento a la exigencia constitucional.

Esta circunstancia fue abordada por el CPP y por efecto del criterio restrictivo en materia de interpretación de medidas cautelares se plasmó claramente que la *orden de autoridad competente* corresponda siempre a la órbita del Poder Judicial.

De esta manera, el arresto administrativo que implica restricción a la libertad personal del afectado, resultaría ilegal y, por ende, inconstitucional, susceptible del ejercicio de una garantía procesal como el hábeas corpus preventivo o reparador, según el estado de inejecución o ejecución de la medida. Obviamente nos referimos a las potestades de la Policía Nacional en función disciplinaria que en cumplimiento de ciertos edictos pueda arrestar a las personas, decisiones que a la luz del vetusto CPP de 1890 no encontraban óbice para ser atacados de ilegal o inconstitucional, como a contrariu sensu lo prevé la CN de 1992 y su correlato imbricado en el CPP.

2.2 principio de restrictividad o taxatividad.

Otro aspecto que devela el carácter excepcional de las medidas cautelares al momento de su aplicación, surge de la definición *taxativa* de los alcances de la *excepción* a la regla jurídica general, y que se traduce en la expresión textual del artículo 12 de la CN: “*Nadie será detenido ni arrestado sin orden escrita de autoridad competente, salvo caso de ser sorprendida en flagrante comisión de delito que mereciese pena corporal...*”.

El artículo 239 del CPP delimita el concepto de *flagrancia* cuando indica: “*...Se entenderá que existe flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza policial, por la víctima o por un grupo de personas...*”.

De esta manera, resulta evidente que fuera de los casos contemplados en la norma precitada, jamás se podrá aprehender a las personas, independientemente que exista una orden escrita de autoridad competente, ya que el órgano autorizado, en este caso concreto, es la Policía Nacional sin necesidad de contar con la orden escrita respectiva, porque se trata de casos de urgencia y, por ende, excepcionales. Dentro de los criterios excepcio-

nales de la prisión preventiva, se evita la aplicación *-prohibición mediante-* de la misma, aunque concurren los *presupuestos ordinarios* que admitan su procedencia, elementos que pueden considerarse en dos niveles (*sustanciales y procesales*).

Tales presupuestos de restricción ponderada para implementar la prisión preventiva se fundan en dos razones, a saber:

- a) *En decisiones eminentemente de política-criminal que tienden a evitar el uso de este instituto, asegurando su vigencia a los hechos más graves y como medida de última ratio, y;*
- b) *En aspectos personales que puedan investir determinados imputados.*

El artículo 237 del CPP señala las *prohibiciones fundadas en el derecho penal mínimo*, referidas a los *hechos punibles de acción privada, hechos punibles que no admitan sanciones privativas de libertad y las que admitiendo sanciones privativas de libertad no excedan de 1 (un) año*.

El artículo 238 del CPP, por su parte, configura casos de *prohibiciones fundadas en razones personales del imputado y que más bien pretenden garantizar la condición humana de la persona*, independientemente de la gravedad del hecho que se le atribuye. En tal sentido, nunca se podrá aplicar la prisión preventiva a *las personas que tengan más de 70 (setenta años), a las mujeres en estado de lactancia o en los últimos meses del embarazo y los enfermos terminales*; en el hipotético caso que proceda una medida cautelar, se dispondrá su arresto domiciliario, que puede ser en su residencia habitual, en el domicilio que señale el Juez o, en el caso de los enfermos terminales, en un establecimiento médico a los efectos de recibir el tratamiento correspondiente. Asimismo y siempre dentro del rigor del último caso (los imputados aquejados de una enfermedad de efectos irreversibles o terminales), se exigirá alguna constancia médica que justifique tal situación o, en su defecto, por respeto a la dignidad del enfermo y a solicitud de los familiares –si es que el afectado no sabe la *realidad* del trance que le afecta-, el juez o el fiscal, en su caso, podrá recibir u ordenar la inspección del enfermo y mantener en reserva dicha información, salvo que lo soliciten sus parientes, pero nunca el querellante particular o la víctima, porque es una cuestión que atañe al afectado solamente.

2.3 principio de proporcionalidad.

Una de las objeciones más fuertes que se ha venido sosteniendo respecto a la naturaleza de pena anticipada de la prisión preventiva y demás medidas cautelares, ha sido el relativo a su funcionamiento y consecuente duración en el tiempo. De ordinario, el sistema inquisitivo se encargó de *quitarle* una limitación temporal en cuanto a su duración ya que dicho esquema de procedimiento escrito coincidía con la eternización de la investigación del caso (sumario), mientras no se lograba la confesión del imputado o aceptación de los hechos en forma directa o indirecta por aquél, siendo la principal herramienta para la cristalización de este objetivo, la Prisión preventiva como coacción (restricción de libertad, mediante) para que se resuelva el caso, cuando este admita o desvirtúe los hechos, probando su inocencia.

Siendo la prisión preventiva una medida cautelar, la misma debe ceñirse a los requisitos señalados en el artículo 236 del CPP que consagra los siguientes aspectos reguladores acerca de su duración temporal:

- a) *El plazo máximo de duración jamás excederá de 2 (dos) años, con un agregado de 3 (tres) meses más para el caso de que exista sentencia condenatoria, que permitan tramitar y resolver los recursos promovidos.*
- b) *Si es que el hecho por el cual una persona es imputada, la prisión preventiva nunca podrá durar más del mínimo de la pena hipotética que podría aplicarse a aquél; con relación a este punto, hay que advertir que tratándose de delitos, la pena mínima esperada es de 6 (seis) meses y, consecuentemente, este será el marco mínimo que puede privarse de libertad al imputado, mientras que en el caso de crímenes cuya base punitiva es de cinco años, exige la aplicación del plazo máximo de duración que siempre será de dos años, según explicamos en el primer supuesto, y;*
- c) *Finalmente, la prisión preventiva nunca podrá exceder el plazo máximo fijado que fija el CPP para el proceso, o sea, los tres años; esta hipótesis parecería una contradicción con el principio general que dice que la prisión preventiva no puede exceder los dos años, pero lo que realmente traduce la norma –en concomitancia con el principio de excepcionalidad- es que si la prisión se dicta durante el transcurso del proceso (causas complejas, principalmente) y el remanente del plazo es inferior a los dos años, aquélla no podrá superar el señalado para la terminación del proceso penal. Ejemplo: en el año y medio de duración del proceso, se decide aplicar la prisión preventiva contra un imputado. El plazo máximo de duración no será –en este caso- de dos años, sino el restante año y medio para completar el máximo permitido para la duración del proceso penal.*

En concordancia con las tres hipótesis señaladas por el artículo 236 del CPP merecen destacarse las normas de los artículos 141, 249, 250, 251 del mismo cuerpo legal y que sirven para complementar el referido principio de *proporcionalidad o duración limitada de la prisión preventiva*, señalando la mecánica en forma ilustrada:

La aprehensión será comunicada por la autoridad policial al Ministerio Público y al Juez Penal, a más tardar dentro del plazo de seis horas de realizada la privación. Si no lo comunica en el plazo legal, contrae *responsabilidad penal*.

Si existe comunicación, el Ministerio Público podrá decretar la detención preventiva, en cuyo caso, la misma no puede durar más de 48 (cuarenta y ocho) horas. A este respecto, la CN señala que la autoridad que dispuso la privación, cualquiera sea la modalidad (entiéndase aprehensión o detención preventiva), debe poner a disposición del Juez Penal dentro de las 24 (veinticuatro) horas siguientes a la privación del imputado y el Juez Penal debe resolver, a más tardar, dentro de las siguientes 24 (veinticuatro) horas sobre el procesamiento y continuidad de la privación de libertad dentro de un proceso penal ya formalizado, claro está, si se dan las condiciones de naturaleza constitucional y legal, respectivamente.

De esta sumatoria que se contextualiza del conjunto de normas que guardan relación con la privación de la libertad de una persona sin que todavía exista mérito para su procesamiento penal, surge que la persona indiciada y prevenida deberá obtener un pronunciamiento judicial sobre la continuidad o no de la privación en un lapso que no exceda las 48 (cuarenta y ocho) horas.

En consecuencia, si el Ministerio Público, estima que no existen elementos de convicción razonables para formular el Acta de Imputación, tendrá que disponer la libertad del imputado, bastando una simple comunicación a la Policía Nacional, caso contrario, la decisión podrá adoptarla directamente el juez (interpretación analógica o extensiva por virtud del artículo 10, párrafo segundo, del CPP), sin perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios que demoren esta situación que exceda el plazo legal previsto en la CN y en el CPP, respectivamente.

2.4 principio cautelar eminente o de *ultima ratio*.

Conocido también como *principio de evitación de la prisión preventiva como pena anticipada*.

El artículo 254 del CPP establece que *toda persona prevenida con la prisión debe ser tratada como inocente (correlato del principio de presunción de inocencia constitucionalmente consagrado en el artículo 17.1)*, para lo cual exige que el prevenido debe:

- a) *Cumplir con la medida en lugares especiales y diferentes a los destinados para los condenados (si bien es una decisión de naturaleza constitucional, en la práctica esto no se cumple lo que hace responsable al Estado Paraguayo de las ulteriores responsabilidades ante organismos internacionales que controlan el cumplimiento de las garantías del privado de libertad sin que exista sentencia condenatoria firme);*
- b) *Su movimiento interno estará sujeto a las modalidades administrativas que lo determinen razonablemente las autoridades internas del recinto, pero nunca podrá implicar una suerte de asimilación en el trato que corresponda a los condenados;*
- c) *Podrá disponer, siempre que con ello no se vulnere el peligro de fuga o de obstrucción a un acto concreto de la investigación, de ciertas comodidades a las que personalmente pueda acceder, siempre atendándose a la naturaleza particular de cada caso y de las necesidades básicas y razonables del prevenido, cuidándose especialmente de que tales comodidades no se conviertan en privilegios o menoscabos irritantes de los otros prevenidos;*
- d) *Cualquier distorsión de estos cuidados que las autoridades deberán cuidar en cumplir puntiliosamente, es causal para generar una revisión de la medida impuesta, sobre la base de que la restricción soportada traspone los límites razonables de una medida cautelar y se ha convertido en una suerte de pena anticipada, circunstancia precisamente repelida por los nuevos lineamientos del instituto cautelar personal.*

Si bien es posible implementar la fuerza penal estatal durante la tramitación de un proceso, *dicha fuerza sólo será constitucionalmente justificable, si es proporcional a la violencia propia de la pena esperada, si su aplicación es restringida a casos excepcionales, ciñéndose, para ello, a requisitos sustanciales (mínima sospecha razonable de su participación en un hecho punible) y procesales (ante la sospecha de fuga, ocultación u obstrucción de un acto concreto de investigación por parte del imputado).*

Todo ello, siempre que la medida tenga una duración precisamente limitada en el tiempo y si se la ejecuta, teniendo en cuenta su diferencia elemental con la sanción que solamente es permitida cuando exista una sentencia condenatoria y que dichas circunstancias, siempre, precedan en una resolución fundada.

3. Clasificación de las medidas cautelares.

Artículo 235 del CPP. Carácter.

Las medidas serán de carácter personal o de carácter real.

Las medidas cautelares de carácter personal consistirán en la aprehensión, la detención preventiva y la prisión preventiva, cuya aplicación se hará con criterio restrictivo.

Las medidas cautelares de carácter real serán las previstas por el código procesal civil. Estas podrán ser impuestas únicamente en los casos expresamente indicados por este código y en las leyes especiales.

Nos avocaremos, en profundidad, al estudio de las medidas cautelares de orden personal, reiterando, una vez más, que los presupuestos que acabamos de referenciar se trasladan a todas las medidas cautelares, sean de orden personal y de orden real, respectivamente. En cuanto a las medidas cautelares de orden real la norma puntualiza su remisión a las figuras previstas en el Código Procesal Civil (*embargos, prohibición de innovar, anotación preventiva, intervención de administraciones, etcétera*), por lo que su análisis ya se verificó en el contexto del estudio del derecho procesal civil, con la diferencia que sólo se tendrán en cuenta en este trámite, los principios para las medidas cautelares en el Código Procesal Penal.

Retomando la centralidad del análisis de la clasificación de las medidas cautelares de orden personal, el mismo precepto ritual señala que éstas se sub-dividen en *la aprehensión, la detención preventiva y la prisión preventiva*, cuya aplicación se efectuará con criterio *restrictivo* y conforme a resolución fundada, bajo pena de nulidad del acto procesal. Fuera de los casos previstos expresamente en la ley procesal penal en materia de medidas cautelares, no se podrán implementar figuras restrictivas de la libertad personal en forma análoga o extendiendo los efectos de una circunstancia expresamente determinada a otras similares. Pero esta prohibición encuentra su excepción cuando acudimos a lo dispuesto en los artículos 5 y 10 (párrafo segundo) del CPP que permite la analogía y la interpretación extensiva cuando favorezca la libertad del imputado (el axioma *favor libertatis* que significa que en la duda entre conceder o restringir la libertad de locomoción de una persona durante el proceso penal, se resolverá de la manera más favorable al régimen de la libertad) en consonancia con los artículos 11, 17.1 y 19 de la CN.

3.1 Las medidas cautelares de carácter personal.

3.1.1 La aprehensión.

Es una medida urgente que permita actuar con rapidez y evitar la fuga de las personas que aparecen imputadas de la comisión del delito de un modo elocuente y directo (flagrancia) desde el momento mismo del conocimiento del hecho *-notitia criminis-*. En términos más sencillos, la flagrancia es la circunstancia por la cual una persona es hallada en el momento mismo de la comisión de un supuesto hecho punible, o, inmediatamente después de su cometido el hecho relevante. Entiéndase que la expresión *inmediatamente* debe entenderse con alcance no sólo taxativo, sino restrictivo, por lo que cualquier derivación fáctica en cuanto a la prolongación en el tiempo del “momento posterior que inmediatamente sigue a la comisión del hecho” constituiría un despropósito que por el susodicho principio no tendría que verificarse.

También la reglamentación del artículo 240 del CPP permite aplicar dicha figura cuando se trate de una persona renuente a los mandatos de la justicia (fuga o desobediencia a los mandatos judiciales del imputado sometido al proceso) o, cuando existiendo datos concretos acerca de la razonable participación de una persona en el hecho perpetrado no se identifique en un primer momento a los mismos de los testigos, o los mismos se puedan ocultar o fugar o, en los primeros momentos de la investigación sea imposible la individualización y a más de ello es trascendente para el resultado de aquélla impedir que los

presentes se alejen, obstruyan o alteren la situación de las cosas y del lugar de los hechos.

Finalmente, se incluye el caso de la persona que es convocada a prestar declaración y se muestre renuente al citatorio judicial o fiscal. Con relación a este supuesto, en la práctica se utiliza dicha medida cautelar cuando el imputado se muestra remiso a comparecer para ejercer su “derecho de prestar declaración indagatoria”, situación que constituye un verdadero despropósito con relación a los artículos 18 de la CN (prohibición de la obligación de declarar contra uno mismo) y su correlato reglamentario en el 88 del CPP (métodos prohibidos para la declaración del imputado), por lo que se puede colegir que representa, lamentablemente, un vicio inquisitivo que cada día más se instala en la cotidianidad de los operadores judiciales.

Obviamente que si existe la necesidad de asegurar la comparecencia, en general, del imputado se tendría que usar la figura del peligro de fuga, pero el hecho de que no comparezca para ejercer un derecho constitucional no puede ser utilizado en su contra con la carga de la coerción por dicha “inobservancia”, fundamentalmente, porque esta no es la circunstancia objetiva para escudriñar como pronóstico que aquél es renuente a los mandatos judiciales.

Reiteramos, entonces, que se trata de una desvaluación que en estricto sentido constitucional y normativo -en consonancia con las limitaciones impuestas al Estado Social de Derecho de un régimen republicano-, es totalmente incorrecto, por más que se pretendan alegar cuestiones prácticas u operativas que es la famosa “muletilla” gastada que se pretende ensalzar el postulado de eficiencia pura e irracional de que “el fin justifica los medios”.

En el caso de de la aprehensión no se requerirá orden de autoridad judicial (tal como lo señalan los artículos 12 de la CN y 239 del CPP), aunque el artículo 240 que hace referencia a la detención preventiva cuya figura exige el dictado de una resolución (orden de autoridad fiscal, en este caso), introduce una “extraña circunstancia” en el inciso 3º cuando establece que también se podrá disponer la detención preventiva en los casos que corresponda la aprehensión, circunstancia que genera una confusión entre las potestades del Ministerio Público para decretar detenciones alegando flagrancia, cuando fácticamente no se da una circunstancia como la señalada. Nuevamente aquí debe operar el axioma *favor libertatis*, y, en tal coyuntura, la situación del artículo 240.3 del CPP se autoexcluye del régimen constitucional sobre la privación de libertad durante el proceso (artículos 11, 12, 17.1 y 17.3 de la CN) y en la praxis resultaría inaplicable por la antítesis que representa con los principios de excepcionalidad, taxatividad y restrictividad que gobiernan el instituto de las medidas cautelares en general.

Producida la aprehensión del imputado o testigo en los casos señalados en el artículo 239 del CPP, la autoridad administrativa procederá a comunicar tal situación al fiscal y al juez (a ambos) en el plazo de seis horas que se computará desde la producción del evento, utilizando cualquier medio eficaz para efectivizar la comunicación.

3.1.2 La detención preventiva.

De la comparación entre el derogado CPP de 1890 y el artículo 240 del actual CPP en lo que se refiere a los presupuestos para su admisión, son casi los mismos, con el agregado que la decisión restrictiva debe provenir de una resolución fundada del Agente Fiscal encargado de la investigación.

Con relación a este presupuesto, nos preguntamos: *¿Qué se entiende por resolución fundada para decretar la detención preventiva?* Necesariamente, deberán adherirse los requisitos exigidos por el

artículo 240 del CPP que reza: “...*La orden de detención deberá contener los datos personales del imputado que sirvan para su correcta individualización, la descripción sucinta del hecho que la motiva y la identificación de la autoridad que dispuso su detención...*”.

De su lectura, se infiere que no se requiere la comprobación del hecho imputado, sino el señalamiento concreto de la adecuación de las causales de los incisos previstos en el mismo artículo 240, lo que exige, a su vez, el señalamiento del imputado conforme a una razonable hipótesis que lo sindique como autor o partícipe. Es importante acotar que el sostenimiento razonable no exige una presunción de culpabilidad como impropriamente lo requería el artículo 6° del derogado CPP de 1890, sino la sindicación de la persona imputada como autor o partícipe en los primeros momentos de la investigación, reservándose la información más profusa sobre el grado o nivel de participación del imputado, para la adopción de otra medida cautelar más grave como indudablemente constituye la prisión preventiva.

En cuanto a la *duración de la detención preventiva*, la misma no podrá exceder de las 48 horas que se computara del siguiente modo:

- a) *Las primeras 24 horas exige que el fiscal que decretó la detención, debe ser puesta a disposición del juez;*
- b) *Una vez puesto a disposición la persona del imputado (dentro del plazo de 24 horas), dispone del mismo plazo de 24 horas para que el juez resuelva sobre la procedencia de la prisión preventiva o, en su defecto, sustituya la medida cautelar por otras que nunca equivaldrán al rigor de la prisión preventiva en recintos especialmente señalados en el sistema penitenciario de la república, y;*
- c) *Si es que considera prescindible cualquier restricción a la libertad del imputado, resolverá decretando la libertad de aquél para que permanezca a disposición del juez con todo el derecho ambulatorio que la constitución de la república le garantiza por virtud de su presunción de inocencia.*

En cuanto a la **prisión preventiva**, por la gravitación y envergadura de esta particular medida cautelar en cuanto a su duración e influencia en el curso integral del proceso penal, la consideraremos en un numeral separado lo que nos permitirá abordar los diversos aspectos que concita su aplicación.

3.2 Las medidas cautelares de carácter real.

Merece destacarse el ámbito de las medidas cautelares de orden real, las cuales se regirán por las disposiciones del CPP, aunque sus presupuestos deben ajustarse *-en la medida de lo posible, porque implica una restricción del aspecto patrimonial dispositivo del imputado-* a los principios fundamentales establecidos al inicio mismo del instituto de las medidas cautelares.

- a) *No se impondrá una medida cautelar real como regla, sino excepcionalmente;*
- b) *Tampoco se podrá imponer si es que previamente no se formaliza el acta de imputación, salvo los casos de flagrancia, y;*
- c) *Tampoco se permiten medidas gravosas que podrían exceder la naturaleza de la causa penal o simplemente ajustado a valores económicos que se presumen en la imputación inicial, ya que tal postura podría configurar una suerte de prejuzgamiento anticipado de la cuestión.*

Como se pudo leer, este régimen totalmente diferente respecto a las medidas cautelares, se complementa con otras reglas que buscan dotar de celeridad y seriedad a las decisiones de control sobre el uso (o abuso) de la prisión preventiva.

En lo pertinente, se aplicarán análogamente las disposiciones del Código Procesal Civil, por lo que sus presupuestos específicos y figuras nominadas e innominadas de las medidas cautelares de orden real, deberán remitirse a dicha literatura, sin perder de vista las particularidades y valores que entran a ponderarse en el proceso penal.

4. La prisión preventiva.

La obtención de un mínimo de información que funde la sospecha razonable acerca de la existencia de un hecho punible que merezca pena corporal (privación de libertad) y la correspondencia de este extremo con cierto grado razonable de considerar autor o partícipe al imputado en el hecho, es una tarea propia de la investigación a cargo del fiscal, de cuyo resultado, puede frustrarse el progreso de aquélla por una prescindencia del imputado en someterse a los mandatos de la justicia o, lo que es más grave aún, por un entorpecimiento de la investigación en lo que se refiere a un acto o varios actos concretos de la pesquisa a cargo del fiscal.

En casos como el señalado, se puede aplicar *la medida cautelar más grave que recibe el nombre de prisión preventiva*, cuyos requisitos procesales y sustanciales son más restrictivos que los exigidos para las anteriores figuras, todo ello, en la realización de los principios trasegados precedentemente.

4.1 Requisitos para su procedencia o aplicación.

La prisión preventiva requiere, como se anticipó, la concurrencia *-en forma conjunta-* de diversos presupuestos que podríamos denominar sustanciales y de forma, respectivamente.

Los **sustanciales** se nutren de un mínimo de información que fundamente la sospecha acerca de la existencia del hecho reputado criminoso y la consecuente atribución en ese hecho a la persona del imputado en grado de autoría o participación en las diversas modalidades señaladas por el CP (*léanse los artículos 242.1 y 242.2 del CPP*).

Los **procesales** se ciñen a las exigencias de que el imputado se encuentre sometido a las resultas del procedimiento penal a fin de que en el ejerza sus derechos procesales (*principalmente, su defensa en el amplio sentido -técnica y material-*), y, que el resultado del juicio previo se torne efectivo en cuanto a su aplicación, ya que si el dictado de una hipotética sentencia se torna imposible de ejecutarla por que el imputado no se sujeta a sus efectos, la misma carecerá de sentido y se tornará en una declaración lírica o ilusoria. Y esto no significa que se busca asegurar el cumplimiento de una pena, y que, por ende, la prisión preventiva sería una suerte de medida de seguridad de la condena, sino que los justiciables *-en igualdad procesal-* se sometan al resultado del juicio, claro está, con la persistente regla favorable al imputado de que si persiste una duda razonable operará la presunción de inocencia y la consecuente absolución.

Desde la perspectiva de la aplicación de la prisión preventiva como pena anticipada o fundada en la presunta culpabilidad del imputado por la información ingresada a la investigación, parecería que esta concurrencia es bastante para fundar la restricción de libertad en este nivel del proceso.

Empero, abarcando el real sentido de medida cautelar corresponde integrarlo a la exigencia de los presupuestos formales o procesales que describen el derrotero de verdadera medida cautelar que se funda en el respeto irrestricto a los principios de presunción de inocencia y del juicio previo, respectivamente y que son: el peligro de fuga o de obstaculización u obstrucción de un acto concreto de investigación que podría llevar adelante el imputado durante la pesquisa.

De esta manera, solamente cuando concurren los presupuestos **sustanciales** (*acreditación razonable de la perpetración de un hecho y la consecuente atribución a la persona del imputado por aquél*) y **procesales** (*que exista un peligro de fuga u ocultación del imputado durante el proceso o de obstaculizar un acto concreto de investigación*) en forma **conjunta** -*aspectos que deberán consignarse especialmente en la resolución judicial fundada*- se podrá alegar que la prisión preventiva reúne los atributos típicos de una medida cautelar y no de una pena anticipada como en el sistema inquisitivo se usaba en forma indiscriminada, como un elemento de tortura procesal, a manera de reminiscencia del principal elemento disuasivo que la inquisición mantenía sobre el imputado para que confiese su culpabilidad.

Esta exigencia de reunión conjunta de los presupuestos sustanciales y procesales surge del artículo 242 en concordancia con los artículos 243 y 244 del CPP, reguladores de los alcances precisos de lo que abarcan el peligro de fuga y el peligro de obstrucción, respectivamente.

Para decidir acerca del **peligro de fuga**, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) *La falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;*
- b) *La pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento;*
- c) *La importancia del perjuicio causado y la actitud que el imputado asume frente a él;*
- d) *El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior del que se pueda inferir, razonablemente, su falta de voluntad de sujetarse a la investigación o de someterse a la persecución penal.*

Estas circunstancias deberán mencionarse expresamente en la decisión judicial que disponga la prisión preventiva.

Para decidir acerca del **peligro de obstrucción de un acto concreto de investigación**, se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

- a) *Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;*
- b) *Influirá para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o;*
- c) *Inducirá a otros a efectuar tales comportamientos.*

Estos motivos sólo podrán servir de fundamento para la prisión preventiva del imputado hasta la conclusión del juicio.

Muchas discusiones se han forjado en torno a la interpretación judicial que se brinda a estas figuras novedosas, ya que se ha tergiversado su finalidad en cuanto a la admisión de las medidas sustitutivas y/o alternativas a la prisión preventiva o demás medidas cautelares cuando el imputado tenga suficiente arraigo en bienes raíces u otros medios patrimoniales que consolide su avenimiento a los mandatos judiciales, con lo cual, las personas imputadas de escasos recursos jamás obtendrían este beneficio de litigar sin privación de libertad por la carencia de recursos que justifiquen su arraigo.

La distorsión principal surge de un simple examen, principalmente, del artículo 243, numeral 1º, expresa que no sólo debe cotejarse la presencia de bienes que dispone el encartado, sino las facili-

dades que dispondría hipotéticamente el imputado para abandonar definitivamente el país o mantenerse oculto. No escapa al mínimo análisis racional que las personas involucradas en hechos graves de defraudaciones o involucradas en los vaciamientos generadores de las graves crisis financieras acaecidas en el país, se ocultaron o fugaron y que, al contrario de la posición superficial que han ensayado algunos magistrados para otorgar medidas sustitutivas o alternativas por la supuesta ausencia del peligro de fuga, es un imperativo tomar la prudencia y el análisis exhaustivo *-caso por caso-* para adoptar semejante temperamento.

La norma procesal de referencia, privilegia un trato igualitario que no permite discernir graciosamente que los más pudientes no evadirán la justicia antes que los pobres o personas que no disponen mucho patrimonio para responder a la imputación.

Las reglas del peligro de fuga deben interpretarse conforme a las realidades del caso, ya que le otorga al juez una facultad que debe ejercerla con miras a potenciar la continuidad de los procesos de imputados sobre quienes pesan graves acusaciones de haber afectado de un modo colectivo el patrimonio de ahorristas o de ciudadanos que depositaron su confianza en la banca nacional.

En síntesis: la prisión preventiva regulada en el CPP, es permitida excepcionalmente, sobre la base de erigirse en una medida cautelar que especialmente permita la realización del juicio previo a través de la presencia del imputado, respetando su inocencia y cuya aplicación descansa sobre normas que taxativamente permiten su viabilidad en determinadas circunstancias, las cuales deberán expresarse acabadamente en una resolución judicial; fuera de tales condiciones, la regla es la vigencia de la libertad, prohibiéndose cualquier restricción o desvirtuación interpretativa.

Asimismo, también se implementan y regulan en el texto del CPP, instituciones que coadyuvan con la buena administración de las medidas cautelares de orden personal, ciñéndose a los parámetros forjados en el ritual penal. Por ejemplo, cuando sea necesario *allanar recintos privados* para cumplir con la orden restrictiva de libertad, también deberá constar esta autorización en la orden de autoridad competente. La gran discusión que se trasunta respecto al tema es cuando existe la urgencia del caso para posibilitar el éxito de la aprehensión, detención o prisión preventiva. En circunstancias como éstas, excepcionalmente, los *artículos 187 y 188 del CPP permiten prescindir de esta exigencia legal*, porque se trata de personas que son perseguidas o que se ocultan en un recinto privado, o, como ordinariamente ocurre, se procede al allanamiento para evitar la comisión de un hecho o porque existen voces de auxilio que reclaman la presencia de autoridades para evitar daños a la persona o bienes del ocupante.

Los mismos requisitos previstos para la prisión preventiva se deben observar para los **casos de internación de prevenidos**, según lo consigna el artículo 255 del CPP, para lo cual, exige un examen médico indispensable que acredite el peligro de la conducta del imputado para su propia seguridad o de los terceros que están reclusos en el mismo recinto. En cuanto a los presupuestos que debe contener la resolución, son los mismos que están reservados para la prisión preventiva.

Otra figura que merece atención y concordancia con los principios elementales expuestos, es **la incomunicación de los procesados** que está regulado por el artículo 256 del CPP. La decisión deberá consignarse en resolución fundada del juez penal y señalando, taxativamente, cuáles son los motivos y los alcances concretos de esa incomunicación a los fines de evitar dispersión de información trascendente que pueda vulnerar la eficacia de la investigación. No obstante, la resolución judicial que decide la incomunicación no podrá impedir a la persona del imputado: a) *comunicarse fluidamente con su defensor*; b) *usar libros, recados de escribir y demás objeto, siempre que dicho obrar no se pre-*

tenda eludir la incomunicación, y; c) realizar actos civiles impostergables que podrían disminuir su poder económico o sus deberes de otra naturaleza.

Se prevé una excepción al caso de la incomunicación del imputado que debe ser precedida de una resolución de juez en forma fundamentada y que prevé que lo podrá hacer, por una sola vez, el Agente Fiscal a la persona detenida cuyo lapso no excederá seis horas para gestionar la pertinente resolución judicial.

5. Eximición y excarcelación.

Antes de decretarse alguna medida cautelar o si decretada la misma, todavía no se ejecutó o no se cumplió efectivamente, el imputado o su apoderado, podrá solicitar la *eximición* -usando la forma oral o escrita-, planteamiento que resolverá inmediatamente el juez penal, siempre que sea *procedente*.

Si considera que la solicitud es improcedente, exigirá el cumplimiento de la medida decretada también en forma inmediata o, a más tardar, dentro de los tres días continuos.

Con la imputación del fiscal, puede solicitar que se aplique la prisión preventiva, con el derecho de ser oído previamente, o, en su defecto, que se apliquen medidas sustitutivas en los términos del artículo 245 del CPP (*las medidas cesan de pleno derecho a los 2 (dos) años de dictadas, si en dicho lapso no hubiese comenzado la audiencia del juicio oral*).

Si el juez concede la eximición de las medidas cautelares (*dejando sin efecto la detención o la prisión preventiva*), puede actuar de dos maneras:

- a) *Otorgando medidas alternativas según el artículo 245 del CPP, o;*
- b) *Convocando al imputado a prestar declaración, si es que lo desea, luego de la cual deberá disponer su libertad o en su defecto, aplicar la prisión preventiva.*

6. Las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva.

Las circunstancias que señalen y adopten las diversas medidas que prevé el artículo 245 del CPP deben estar fundadas en la resolución respectiva, ya que sigue constituyendo una medida cautelar de menor fuerza coercitiva que la prisión preventiva, pero siempre gira bajo la órbita de una medida cautelar. Hay que recordar, sin perjuicio de ser repetitivos, que la forma de aplicación de las medidas sustitutivas y alternativas difiere en cuanto a la situación personal que confronta el imputado en una causa penal.

Las *medidas sustitutivas* se aplicarán cuando el imputado soporta una medida cautelar restrictiva de su libertad (*detención o prisión preventiva*) y la misma se encuentra en plena ejecución. Ejemplo: el imputado que fuere materialmente detenido, sólo podrá solicitar la sustitución de dicha medida, proponiendo algunas menos gravosas que la restricción de su libertad locomotiva; igualmente se presentará la situación del imputado con prisión preventiva en plena ejecución o aplicación.

Las **medidas alternativas** si bien revisten las mismas cualidades enunciativas que las sustitutivas, su oportunidad procesal se produce cuando a pesar de la existencia de una orden de detención o de prisión preventiva contra la persona del imputado, la misma todavía no se materializó o ejecutó *en concreto*.

Es por eso que se llaman *alternativas*, porque *antes de aplicarse o ejecutarse la detención o prisión preventiva, se le permite una alternancia (entre las diversas que menciona el CPP) menos gravosa que la restricción de su libertad locomotiva*. Obviamente, las *medidas sustitutivas* son las que *alternativamente el juez o tribunal puede aplicar en los casos en que la persona imputada se encuentra privada efectivamente de su libertad*.

Esta simple diferenciación permite forjar una postura concluyente al respecto: las *medidas alternativas* constituyen el *género* y las *sustitutivas la especie*, aplicándose las primeras cuando el imputado efectivamente todavía no cumple con una medida privativa de libertad y las segundas cuando el imputado se encuentra en plena ejecución de la cautelar personal.

¿Cuáles son las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva señaladas en el Código Procesal Penal?

Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el juez, de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión preventiva, alguna de las alternativas siguientes:

- a) *El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella;*
- b) *La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez;*
- c) *La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;*
- d) *La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;*
- e) *La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares;*
- f) *La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa, y;*
- g) *La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.*

El juez podrá imponer una o varias de estas alternativas, conjunta o indistintamente, según cada caso, adoptando las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento. No se impondrán estas medidas contrariando su finalidad.

Cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable, en especial, si se trata de persona de notoria insolvencia o disponga del beneficio de litigar sin gastos, *no se le podrá imponer caución económica*.

En todos los casos, *cuando se suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas*.

Las medidas que se dicten como alternativas a la prisión preventiva, o que las atenúen, cesarán automáticamente y de pleno derecho *al cumplirse dos años desde que fueran efectivizadas, si en tal plazo no hubiese comenzado la audiencia del juicio (esta limitación temporal se excluyó de la legislación por una reforma en el año 2012)*.

Antes de ejecutar las medidas alternativas o sustitutivas, el secretario labrará un acta que contenga:

- a) *La notificación del imputado;*
- b) *La identificación y domicilio de las personas que intervengan en la ejecución de la medida, la aceptación de la función o de la obligación que se les asignó;*
- c) *La indicación precisa de todas las circunstancias que puedan obligar al imputado a ausentarse por más de un día;*
- d) *La indicación del domicilio procesal, y;*
- e) *La promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones que el juez le señale.*

Las resoluciones que decreten la prisión preventiva, la internación o las medidas alternativas o sustitutivas, deberán contener:

- a) *Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo;*
- b) *Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se atribuyen al imputado*
- c) *Los fundamentos, indicando concretamente, todos los presupuestos que motivan la medida, en especial, la existencia de peligro de fuga o de obstrucción;*
- d) *El lugar o establecimiento donde deberá cumplirse, y;*
- e) *La parte dispositiva, con clara expresión de las normas aplicables.*

7. La Ley N° 4431/11 por la cual se modifica el régimen de concesión de medidas alternativas y sustitutivas a la prisión preventiva.

En el año 2004 el artículo 245 del CPP fue objeto de una reforma que, según el diseño constitucional explicado precedentemente, sería contrario a sus postulados. No obstante, es importante tenerla presente a los efectos de una correcta asunción de que bajo ciertos tipos penales (*crímenes dolosos contra la vida, la integridad –hechos punibles violentos sería el género vinculado a esta restricción de concesión*), se prohíbe expresamente conceder medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva. La mentada reforma básicamente prohíbe la concesión de medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva, cualquiera sea la hipótesis fáctica, cuando se trate de hechos punibles violentos contra la vida y calificados como *crímenes*, o, cuando el imputado tenga antecedentes y le sea aplicable una medida de seguridad o mejoramiento.

Por su parte, esta misma ley mereció otra reforma del año 2011 que incorpora todavía más gravámenes con respecto a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y evitación de pena anticipada reglada en el Código Procesal Penal con relación a las medidas cautelares de orden personal, en particular, con el instituto de la prisión preventiva.

Dice el texto de la reforma al artículo 245 del CPP, por la Ley No.4431/11, cuanto sigue:

Artículo 1° Modifícase el Artículo 245 de la Ley N° 1.286/98 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”, modificado por la Ley N° 2.493/04 “QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 245 DE LA LEY N° 1.286/98 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”, que queda redactado de la siguiente forma:

“Art. 245: MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. Siempre que, razonablemente, el peligro de fuga o de obstrucción a la investigación pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, de oficio o a pedido de parte, el juez podrá imponerle en lugar de la prisión preventiva, las siguientes medidas alternativas:

1. El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella;
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez;
3. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
4. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez;
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares;
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa, y;
7. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas económicamente solventes.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas, conjunta o indistintamente, según cada caso, adoptando las que fueren necesarias para asegurar su cumplimiento.

No se impondrán estas medidas contrariando su finalidad o cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable. Si se trata de persona de notoria insolvencia, no se le podrá imponer caución económica.

En los casos en que sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria, sin perjuicio de otras medidas cautelares complementarias. Este mecanismo no será aplicable a las personas que estén siendo sometidas a otro proceso ni a las reincidentes; así como a quienes ya hayan violado alguna medida alternativa o sustitutiva de la prisión.

En los casos de indiciados o procesados con antecedentes penales o procesales, el juez deberá imponer, por lo menos, las medidas establecidas en los numerales 3° al 6° de este artículo.

Las medidas que se dicten como alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva, **cesarán automáticamente y de pleno derecho por el transcurso de la duración máxima del proceso.**

Durante el proceso penal, no se podrán otorgar medidas alternativas, ni la prisión preventiva decretada podrá ser modificada por una medida sustitutiva, cuando el hecho sea tipificado como crimen o cuando su comisión lleve aparejada la vulneración de la vida de la persona como resultado de una conducta dolosa; tampoco se podrá modificar la prisión preventiva cuando el imputado esté incurso en los presupuestos previstos en el numeral tercero de la figura de la Reclusión en un Establecimiento de Seguridad regulado en el Código Penal; **o cuando el sindicado esté imputado en otras causas, cuya expectativa de pena sea superior a cinco años de privación de libertad.** Esta limitación será exclusivamente aplicable a los tipos penales descritos en ese párrafo.

Artículo 2°.- Derogase la Ley N° 2.493/04 “QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 245 DE LA LEY N° 1.286/98 “CÓDIGO PROCESAL PENAL”.

La modificación antes expuesta contraviene el artículo 17.1 de la CN, en el sentido que se presume la inocencia de las personas sometidas a un proceso penal o cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, ya que *“ahí donde la Constitución no distingue, la ley reglamentaria no tiene porque hacerlo”*. En efecto, si la disposición constitucional no admite excepciones a la presunción de inocencia y la prisión preventiva sólo se aplicará en los casos absolutamente indispensables, es evidente que los jueces y tribunales deberán analizar, caso por caso, la concurrencia o no de presu-

puestos conjuntos para acreditar el peligro de fuga o la obstrucción de un acto concreto de investigación, y, posteriormente dictar la restricción de libertad.

Recuérdese que nuestro derecho penal se sustenta en el modelo de sanción al acto y no al autor, lo que se desdibuja a la luz de la reforma del artículo 245 del CPP, ya que ciertas personas *imputadas por ciertos hechos punibles, aunque los elementos de cargo sean insignificantes, necesariamente, deberán soportar la prisión preventiva “per sé”, hasta que el Ministerio Público culmine la investigación y solicite la desvinculación del indiciado del proceso por vía del sobreseimiento definitivo o provisional, según el caso.* En otras palabras, el texto reformado del artículo 245 del CPP determina que ciertos hechos punibles considerados “*graves*” por simples tipificaciones apriorísticas del órgano requirente (*recuérdese que el juez penal no puede interferir o inmiscuirse en los actos de investigación y mucho menos, en el contenido fáctico y tipificación sostenida por el Agente Fiscal en su acta de imputación y en su solicitud de aplicación de medida cautelar*), son “*inexcarcelables*”, consagrando posiciones doctrinarias perimidas como la *prisión preventiva como pena anticipada* o como *medida de seguridad*, que, en esencia, es un equivalente a una pena, ya que su implementación provoca los mismos efectos de una sanción propiamente.

Esta es una expresión más de que la legislatura nacional, como en otros países de la región, sancionan leyes de emergencia y pretenden suplir sus verdaderas responsabilidades por la creciente descomposición social (equivalente al inusitado aumento de la criminalidad y la inseguridad colectiva), derivando tales cuestiones a elementos abstractos que jamás pueden resultar instancias contestatorias, ya que una ley a la que se tilda como responsable de una supuesta sensación de inseguridad, jamás podrá ejercer su “defensa”.

8. La revisión de las medidas cautelares.

Durante el proceso penal, el juez (de oficio) debe revisar la aplicación de las medidas cautelares y dejarlas sin efecto, cuando los presupuestos que la dispusieron cesaran o se mitigaran; también deberá efectuar la revisión obligatoria ***cada tres meses*** sobre la indispensabilidad de su manutención.

Si se aplica la prisión preventiva y se revisa su procedencia (***por solicitud de parte o de oficio, conforme a lo previsto por el artículo 250 del CPP***), se debe aplicar el siguiente trámite:

Se plantea la solicitud y el juez convoca a una audiencia oral, en el plazo de 48 horas, a contarse desde la solicitud o revisión oficiosa, citando a las partes.

No obstante, la audiencia se llevara a cabo con los presentes y analizada la cuestión, resolverá inmediatamente, o sea, apenas debatida la audiencia.

Ahora bien, si el imputado o su defensor solicitan la revisión, y el juez no convoca a la audiencia prevista por el artículo 252, podrá urgir pronto despacho, si dentro de las 24 (veinticuatro) horas no obtiene resolución, *se entenderá que se ha concedido la libertad del imputado (libertad ficta).*

9. El recurso contra las medidas cautelares.

La resolución es apelable sin efecto suspensivo, vale decir, la medida decretada se deberá cumplir mientras se tramite y resuelva el recurso contra dicha determinación. Esto surge textualmente de lo que dispone el artículo 253 del CPP.

El recurso de apelación general es la figura aplicable y el afectado podrá promoverla ante el *juez o tribunal que la dictó, mediante escrito en el que funde sus agravios y dentro del plazo de veinticuatro horas o cinco días.*

Atención: en la praxis -sin mayores profundizaciones explicativas, los juzgados y tribunales aplican las reglas genéricas del recurso de apelación general-, cuando en materia de medidas cautelares implica la reglamentación “específica” del recurso de apelación con variación de plazos, efectos del recurso y de la falta de pronunciamiento en el plazo legal como se daría con la resolución ficta, lo que obliga que los lectores tomen en consideración ambas variables, según quien examine la cuestión: esta es la razón de la advertencia de que se utilicen conjuntamente ambos plazos, por lo que es recomendable asentar las dos circunstancias.

Las demás partes serán conminadas (emplazadas) por el plazo de 24 (veinticuatro) horas para formular sus pretensiones de oposición a la medida recurrida (recuérdese que el cómputo del plazo comprende días corridos, o sea, días y horas inhábiles (artículo 129 del CPP).

Si el tribunal no resuelve la apelación de la medida, se vuelve a aplicar lo concerniente a la libertad ficta (artículo 141 del CPP). Es decir, *el interesado urge pronto despacho y si dentro de las 24 (veinticuatro) horas no obtiene pronunciamiento, se entenderá que se concedió la libertad, en cuyo caso, la orden de libertad la expedirá el juez que le sigue en orden de turno.*

10. La revocación de las medidas cautelares.

Lo que sí debe quedar bien claro, es que la revocación de las medidas cautelares pueden ser:

- a) Por desvanecimiento de los elementos que la motivaron;
- b) Por los plazos máximos de duración, y;
- c) Por la sustitución por medidas alternativas.
- d) Recuérdese que las medidas alternativas o sustitutivas aplicadas provocan la revocatoria de la prisión preventiva.

Capítulo 15

La Dinámica del Procedimiento Penal.

1. los actos procesales.

La trascendencia de la actividad procesal en el ámbito penal se circunscribe al objetivo de abandonar el tradicional criterio de que ante cualquier duda o insuficiencia de las normas rituales penales para determinar los trámites de cualquier cuestión en el proceso penal, automáticamente se aplicaban las disposiciones del derecho proceso civil, con lo cual se producía una grave distorsión del sistema procesal penal -lo que se ahonda con la sanción del CPP de 1998 que se ajustaba a las exigencias constitucionales y republicanas del modelo acusatorio-, ya que en el régimen civil rigen reglas acentuadamente dispositivas -lo que no implica que en el proceso penal no se verifique, ya que el juicio oral y público tendría que ceñirse a dicho parámetro-, que se sostienen en el ejercicio facultativo de la acción y en la necesidad de impulsar el trámite a las partes, en igualdad de condiciones, aspecto éste, que no se da con la prevalencia y magnitud en materia penal. Recuérdese, a modo de ejemplo, que la carga probatoria (*onus probandi*) en ningún caso estará a cargo del imputado, de quien se presume inocente hasta que el órgano de acusación acredite con certeza afirmativa el hecho punible que se le atribuye, aspecto sumamente elocuente para puntualizar que el imputado no puede cargar con la carga probatoria, y, mucho menos, con la carga del cumplimiento de ciertas formalidades para sostener su incriminación, ya que esto se traduciría en una grave violación de los artículos 17.1 y 18 de la CN, respectivamente.

Efectuadas estas aclaraciones, el rescate de la actividad procesal en el ritual penal es sumamente útil y didáctico para que el lector se aperciba que sus disposiciones no se rigen automáticamente por las reglas “a modo de auxilio” del procedimiento civil, sino que, bajo ciertas condiciones y que resultan la excepción a la regla -y no viceversa como se visualiza en los operadores judiciales con escasa visión de especialización-, las formas tienen unos fines y unos requisitos propios y hasta disímiles con los postulados del proceso civil. Esta circunstancia se constata cuando analizamos el derogado CPP de 1890 y verificamos que precisamente no previó un libro específico que contemple el régimen de la actividad procesal, confundiendo dicha nomenclatura con los medios probatorios, entre los cuales, incluyó la declaración indagatoria del imputado, lo cual nos da una pauta del carácter extremadamente inquisitivo de sus normas, y, además, la clara contrariedad con la naturaleza del ejercicio de la defensa material por excelencia como lo constituye la declaración del imputado, que, repetimos, no se puede considerar como un medio probatorio, sino como un medio de defensa cuya realización es un acto absolutamente voluntario por parte del imputado.

La deformación de las instituciones propias de un modelo inquisitivo que poco o nada pretendían la transparencia y seguridad para las partes (el imputado, principalmente) en el ejercicio de los actos dentro del proceso, hizo añicos la estructuración de un régimen autónomo de normas que regulen los actos procesales en materia penal y se optó por lo más fácil, la remisión casi irremisible a las disposiciones del Código Procesal Civil materia que por mandato del artículo 1041 del derogado CPP de 1890, se podría aplicar supletoriamente, siempre que las normas procesales penales no tengan prevista una salida al caso particular. Obviamente que existía poca coherencia en materia de actos procesales, que la excepción a la regla del mentado artículo 1041 del CPP de 1890 se tornó en principio, siendo la excepción la aplicación de las disposiciones del ritual penal.

La facilidad con la que nuestros operadores efectuaban la remisión a las normas del proceso civil -sin desmerecer su importante aporte- produjo la distorsión de las instituciones típicamente penales-, ya que provocaba una estéril discusión ante la ausencia de “unidad interpretativa” a la hora de aplicar los plazos, la caracterización y los efectos de los escritos al concepto tradicional de instrumentos privados y públicos, el instituto de la caducidad que operaba casi en forma idéntica al abandono de la querrela o la prescripción penal, la suspensión e interrupción de los plazos, los trámites ante segunda y tercera instancia, constituyen algunos de los ejemplos *tradicionales*, que nos llevaron al absurdo de analizar (¿?) el sistema penal sobre aspectos exclusivamente formales, omitiendo el estudio sustantivo de las normas del proceso penal como conjunto de limitaciones para el ejercicio del poder punitivo estatal (garantía al debido proceso penal o garantías del debido proceso penal).

La percepción es que justamente ese repetido *auxilio* al cual los operadores de justicia penal acostumbrábamos hacer uso para cubrir lagunas por la ausencia de un diseño normativo propio de los actos procesales, era perfectamente compatible con el objetivo del sistema *inquisitivo*, que por este botón de muestra más patentiza un objetivo que precisamente era el de esconder el debate de fondo en materia penal, sustituyéndose por intrascendentes opiniones acerca de la importancia del rito y las formas *per sé*, como herramienta válida para culminar los procesos del modo más irregular, entre los cuales, para nada figuraba el dictado de sentencias definitivas que completen exitosamente la exigencia constitucional del juicio previo.

Esta experiencia suministrada por el derogado CPP de 1890, ha sido considerada para establecer la necesidad de adoptar un régimen de actos procesales que dinamicen los trámites conforme a las exigencias constitucionales del debido proceso penal, de manera tal que las normas difusas o diseminadas -por usar una expresión políticamente correcta- se integren en forma homogénea y coherente, sin perder de vista que ese *ritualismo o formulismo* se abandona, definitivamente, por la instauración de un modelo de enjuiciamiento *acusatorio*, cuya centralidad está en la discusión oral y pública de la prueba o elementos de convicción y no en el simple registro de los instrumentos obrantes en un expediente escrito.

De esta manera, aparte de la unificación de normas vinculadas a la actividad procesal penal en general, la Ley N° 1286/98 abandona las connotaciones formalistas acendradas por la cultura inquisitiva y escriturada, que como se advirtió provocaron confusas interpretaciones con relación a las reglas del procedimiento civil y que le permitieron a éstas prevalecer sobre la dimensión especializada del procedimiento penal. 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 forense, demasiado acostumbrada a la declaración de nulidades por defectos corregibles fácilmente, con un poco de imaginación, de buena voluntad y del sentido político-criminal que persigue todo proceso enmarcado al modelo acusatorio de enjuiciamiento.

Según la metodología adoptada, este libro contempla cuáles son las exigencias o requisitos que permitan señalar que los actos procesales se han cumplido “regularmente”. Con la indicación de los presupuestos de “regularidad de los actos procesales”, se legisla su *contracara* (la irregularidad de los actos procesales) y que se integra bajo la denominación de actividad procesal defectuosa, produciendo como “*última salida*” (cuando ya no sea posible sanear el acto o se trate de actos que no puedan convalidarse - nulidades absolutas-), la declaración de nulidad o inexistencia del acto irregularmente realizado. No está demás advertir que los actos susceptibles de ser convalidados o saneados pertenecen a la esfera de las nulidades relativas, nunca puede aplicarse esta lógica procedimental en los **casos de nulidades absoluta regladas en la legislación**.

La **regularidad** sinónima de **normalidad** de los actos del proceso, se vincula:

- a) Con la forma de expresión de los actos del procedimiento *-el idioma-*;
- b) Con los usos idiomáticos para materializar tales actos *-las actas y las audiencias-*;
- c) Con el ámbito de realización de los actos *-el lugar-*;
- d) Con el modo formal de comunicación entre autoridades *-nacionales o extranjeras-*;
- e) Con el tiempo razonable que dispondrán las autoridades y las partes para cumplir los actos *-plazos y duración del proceso-*, y;
- f) Con la formalidad indispensable para preservar los principios de bilateralidad y contradicción, respectivamente *-las notificaciones, citaciones y emplazamientos-*.

1.1 Formalidades que deben reunir los actos procesales en general.

En la celebración de los actos procesales se utilizarán los idiomas oficiales, bajo pena de nulidad, salvo los casos que expresamente exceptúe el CPP.

Las reglas fundamentales que deben regir los actos y diligencias previstos en el CPP, pueden puntualizarse en el siguiente catálogo:

- a) *Para las presentaciones ESCRITAS, su redacción será en el idioma castellano. Igual modalidad se adoptará para las actas que se elaboren.*
- b) *Los interrogatorios o declaraciones se realizarán indistintamente en uno u otro idioma.*
- c) *En el juicio y en las demás audiencias orales se podrá usar indistinta o simultáneamente uno u otro idioma.*
- d) *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.*
- e) *Si esto no fuera posible sin retardar el procedimiento, se nombrará entre los presente a un intérprete de buena fe para que facilite la comunicación entre todos los participantes de la audiencia o del juicio.*
- f) *A los efectos de 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.*
- g) *La sentencia será redactada en castellano.*
- h) *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.*

- i) *Los interrogatorios se podrán dirigir en otro idioma o mediante la forma en que sea posible para llevar a cabo su cumplimiento, cuando se trate de personas que no puedan expresarse fácilmente en los idiomas oficiales o que adolezcan de un impedimento manifiesto para expresarse.*
- j) *El juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, dispondrá las medidas necesarias para que los interrogados sean asistidos por un intérprete o traductor, o se expresen por escrito o de la forma que facilite la realización de la diligencia.*
- k) *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.*
- l) *El juez o tribunal podrá constituirse en cualquier lugar del territorio nacional, para la realización de los actos propios de su función.*
- m) *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.*

Las diligencias que deban asentarse en forma escrita, contendrán, bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las formalidades previstas para actos particulares:

- a) *La mención del lugar, la fecha, y en los casos de diligencias horarias, la hora.*
- b) *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.*
- c) *La firma de todos los que participaron en el acto, dejándose constancia de las razones de aquél que no la firme, o del que lo hace a ruego o como testigo de actuación.*
- d) *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.*
- e) *Si el secretario no se encuentra y no se puede demorar el acto, el juez hará firmar el acta por un testigo de actuación.*
- f) *Las actas que labre el Ministerio Público, llevarán la firma del funcionario que practique el acto.*

2. Las resoluciones judiciales.

Una de las características de la jurisdicción es la *coertio* o la potestad que tienen las decisiones de los magistrados de efectivizar, aún mediante el uso de la fuerza pública estatal organizada, los mandatos que emanan de aquéllas. En ejercicio de dicha potestad, el juez dispondrá de las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordene en el ejercicio de sus funciones.

Las determinaciones que adopta reciben genéricamente la denominación de resoluciones judiciales, las cuales, según la naturaleza de la actividad que disponen o resuelven aplicar, reciben una específica la nomenclatura técnico-procesal y que el Código Procesal Penal lo clasifica en: *providencias*, *autos interlocutorios* y *sentencias definitivas*.

- a) Las providencias ordenarán actos de mero trámite, que no requieran sustanciación. En los casos en que este código y las leyes faculden la realización de actos al secretario y a los demás funcionarios judiciales, sus decisiones también se denominarán providencias.
- b) Los autos interlocutorios resolverán cuestiones incidentales que requieren previa sustanciación. Las decisiones que pongan término al procedimiento o las decretadas en el proceso de ejecución de la pena también serán resueltas en la forma de autos interlocutorios.
- c) Las sentencias definitivas serán dictadas inmediatamente luego del juicio oral y público o en el caso del procedimiento abreviado.

Los requisitos esenciales, en general, que debe contener toda resolución judicial son: *el lugar, la fecha, la identificación del o los jueces y la firma*, respectivamente.

En cuanto a los requisitos adicionales conforme a la nomenclatura técnico-procesal adoptada, nos remitiremos a la transcripción de los preceptos respectivos, de cuya lectura se podrán distinguir las particularidades de cada modalidad.

Artículo 125. Fundamentación. *Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión.*

La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba.

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación.

De la lectura del precepto surge una diferencia sustancial con las resoluciones que no exigen una previa fundamentación, y nos referimos a las **providencias** que ordenan diligencias de mero trámite (*impulsando el trámite del proceso que está a cargo exclusivamente del magistrado, por lo general, lo que implica -contrariu sensu- que es innecesaria una previa sustanciación, lo cual, a su vez, significaría que el juez o tribunal, antes de tomar una decisión autónoma, deberá oír a las partes, resolución que recibe el nombre de **auto interlocutorio**, exigencia de una fundamentación propia por sobre lo argumentado por cada parte*).

En otras palabras, las providencias constituyen la excepción a la regla constitucional y ritual penal de que toda decisión debe tener como precedente inescindible un fundamento propio, porque siendo meramente impulsivas y ordenatorias de actos que la ley ritual exige exclusivamente al juez o tribunal, por su característica estrictamente ejecutiva, no precisan de una argumentación.

En consecuencia, la ausencia de una fundamentación como exigencia taxativa e ineludible para los autos interlocutorios y las sentencias definitivas produce la nulidad absoluta de la decisión.

Artículo 127. Resolución firme. *Las resoluciones judiciales quedarán firmes sin necesidad de declaración alguna, cuando ya no sean impugnables.*

*Significa que las decisiones adquieren firmeza una vez que haya transcurrido el plazo para recurrir sin que efectivamente el interesado o agraviado por el decisorio no haya ejercido este derecho. Es importante advertir al lector que se trata de una firmeza *ipso jure*, que no requiere del dictado de providencias como “*hágase cumplir*”, “*cúmplase*”, que constituyen formulismos anacrónicos compatibles únicamente con el sistema inquisitivo escriturado. Al contrario, la exigencia de formalidades de esta naturaleza sólo permiten retardar el cumplimiento de lo decidido.*

También debe añadirse que las resoluciones irrecurribles tendrían un tratamiento diferenciado, concretamente, con relación al auto de apertura a juicio oral y público. Esta sí

es una cuestión discutible por la envergadura y complejidad del auto de apertura a juicio oral y público que encierra, aparte del decisorio que la norma considera irrecurrible - artículo 461 del CPP-, podría contener otras resoluciones incursas en el mismo auto de apertura que sí por una exégesis correcta permite el ejercicio recursivo, fundamentalmente cuando surge del mismo artículo 461 del ritual penal que la irrecurribilidad se aplicará *sólo cuando expresamente se la haya declarado como tal, y esto surge, sencillamente, de la correcta lectura y sistematización con el artículo 10 (primer párrafo) del CPP que establece los criterios de restrictividad cuando se pretende restringir el ejercicio de un derecho o garantía previsto a favor del imputado.*

Por este motivo, nos parece coherente excluir de este régimen el auto de apertura a juicio oral y público, sin perder de vista que el criterio de los tribunales del país le dan un sentido o lectura tan superficial que terminan por *reinterpretar* que la irrecurribilidad del decisorio principal afecta a lo accesorio, sin contemplar que el simplismo de principal-accesorio, se daría con algunas determinaciones, no así con todas (por usar un ejemplo que destruye la postura generalizada: si el juez admite o rechaza una excepción juntamente con el dictado del auto de apertura a juicio oral y público, el ritual penal expresamente permite recurrir la decisión de una excepción. Nótese como este “permiso” no puede confundirse como un “accesorio” del principal, porque el fundamento serio de una acusación no analiza lo que se discute con una excepción).

Finalmente, cuando la norma habla de recursos en general, no distingue entre los ordinarios y extraordinarios, por lo que obviamente tendría que sujetarse a los plazos para el ejercicio de todas las materias recursivas. Este criterio surge del cotejo sistematizado entre el artículo que estamos comentando con el artículo 10 (segundo párrafo) del CPP.

¿Qué ocurre si se destruye, sustrae o extravía la resolución judicial original o el expediente que contiene una o varias resoluciones judiciales originales? Se aplicarán las reglas previstas en el Código Procesal Penal, pero no se establece en la misma norma que se transcribe a continuación, el “permiso” para utilizar supletoria o análogamente las disposiciones del Código Procesal Civil para la reconstitución de expedientes judiciales.

Artículo 128. Copia auténtica. *El juez o tribunal dispondrá la conservación de copia auténtica de las sentencias, autos interlocutorios o de las otras actuaciones que considere pertinentes.*

Cuando el original sea sustraído, perdido o destruido, la copia auténtica adquirirá este carácter. Cuando no exista copia auténtica de los documentos, el juez o tribunal dispondrá la renovación, prescribiendo el modo de hacerlo.

El secretario, con autorización del juez o tribunal, ordenará la expedición de copias, informes o certificaciones cuando sean pedidas por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlas, siempre que el estado del procedimiento no lo impida y no afecte el principio de inocencia.

3. Las comunicaciones de los actos del procedimiento.

3.1 Las comunicaciones entre las autoridades.

Si bien el CPP propugna un sistema *abierto* en cuanto a la exigencia de formalidades para el ingreso válido de información vinculada con el objeto del proceso penal -*exceptuándose cuando la información incursiona dentro de lo que analizaremos más adelante como “prohibiciones probatorias” en el sentido de que la información, aunque sea relevante al objeto del proceso, si su origen es es-*

purio, bajo pretexto alguno podría relajarse la prohibición y permitir su ingreso y menos su valoración-, el principio de adquisición razonable de la información no sólo en cuanto a la utilidad, pertinencia y relevancia del dato que servirá para la averiguación de la verdad histórica, exige, además, el cumplimiento de ciertos presupuestos para discernir sobre la fidelidad del dato o información que se obtenga, principalmente, cuando provenga de otras autoridades y con mayor énfasis cuando derive de las partes.

En este sentido, el CPP conmina una serie de pautas jurídicas para que la información - producto de la comunicación entre autoridades nacionales y extranjeras- adquiera pertinencia en cuanto a sus aspectos extrínsecos y su posterior ponderación en la etapa procesal oportuna. De esta manera, cuando un acto o diligencia deba ser ejecutado por otra autoridad judicial o administrativa, o cuando sea necesario solicitar información relacionada con el procedimiento, el juez o tribunal podrá encomendar su cumplimiento por escrito.

La solicitud indicará el pedido concreto, la individualización de la causa en la que se hace la solicitud, la identificación del solicitante y el plazo fijado para la respuesta, bajo apercibimiento de ley.

Cuando se trate de casos urgentes, se podrá utilizar cualquier medio de comunicación eficaz que adelante el contenido del requerimiento, para que la autoridad requerida comience a tramitar la diligencia, mientras se tramite el pedido con las formalidades exigidas para cada caso.

Las autoridades y funcionarios públicos colaborarán con los jueces, el Ministerio Público y la Policía, Nacional tramitando sin demora los requerimientos que reciban de ellos, conforme a las previsiones del CPP, caso contrario, contraerán responsabilidad penal.

Cuando el requerimiento sea cumplido parcial o indebidamente, demorado o rechazado, el juez, el tribunal o el Ministerio Público podrán dirigirse a la Corte Suprema de Justicia para que ordene o gestione la colaboración con urgencia.

Los requerimientos dirigidos a jueces o autoridades extranjeras se efectuarán por *exhortos y se tramitarán en la forma establecida por el derecho Internacional vigente, las leyes y las costumbres internacionales*. No obstante, se podrán dirigir directamente comunicaciones urgentes a cualquier autoridad judicial o administrativa extranjera, anticipando el requerimiento o la contestación a un requerimiento.

Cuando resulte pertinente con la naturaleza del acto, *se aplicarán las disposiciones relativas a los exhortos regulados en el Código Procesal Civil*.

3.2 Las comunicaciones entre las partes.

El Sistema de Notificaciones entre las partes y las Citaciones. La necesidad de garantizar con formas amplias el ejercicio del derecho a la defensa que concluya eficazmente el proceso en el plazo previsto, ha obligado a reformular el *sistema de notificaciones*, abandonando las pautas típicas de la escritura e incorporando formas simplificadas que posibiliten a las partes el conocimiento de los actos que incumban a sus intereses, sin la estrictez que entorpece la celeridad y la discrecionalidad tajante que repercute nocivamente en el conocimiento del acto por el o los interesados.

En este último supuesto, el régimen de la notificación por automática, como regla, se elimina por los efectos deletéreos sobre la inexperiencia, ingenuidad o venalidad de los operadores judiciales en general.

Si bien se mantienen las figuras tradicionales de las notificaciones personales y por cédula, esto no significa que constituyan las únicas instituciones que permita la comunicación judicial a las partes de información relevante para el ejercicio de sus potestades y deberes. Lo que debe quedar claro es que se *invierte definitivamente el régimen de notificación por automática o por la obtención de fotocopias por parte del imputado o por el “tradicional” retiro del expediente*, reglas que ni siquiera por interpretación extensiva o análoga con el régimen de notificaciones en el Código Procesal Civil, se podría invocar por la prohibición expresa del artículo 10 del CPP.

Reglas aplicables. De acuerdo a la inversión del principio que regía en materia procesal civil, de acuerdo a las normas del CPP, *todas las resoluciones se notificarán personalmente* (mediante nota escrita por el interesado en las dependencias judiciales o por comunicación cursada por el funcionario encargado de dicho menester).

Ya no rige el principio de la notificación automática consistente en la implícita información sobre resoluciones dictadas en una causa penal mediante la comparecencia obligatoria en Secretaría los días martes y jueves de cada semana, bajo apercibimiento de ley. Empero, esta modalidad podría adoptarse, siempre que exista acuerdo de las partes, en especial, del imputado, pero como se puede leer, sólo bajo la condición de un acto voluntario y no de un imperativo legal.

Si la resolución se dicta en el curso de una audiencia oral (*en cualquiera de las etapas*), las partes quedarán notificadas por su lectura y el plazo comenzará a correr desde el día siguiente hábil.

La incorporación de sistemas alternativos de notificaciones, implica:

- a) *La opción del propio interesado de indicar el modo y los lugares en que podrá efectuarse la comunicación, para lo que se podrán adoptar diversas modalidades: por telegrama colacionado, por comunicación telefónica en cualquiera de sus formas, por fax a las personas que alternativamente podrán ser comunicadas, con lo que se entenderá que la comunicación ha llegado a conocimiento del interesado, etc.;*
- b) *El instituto de la advertencia al imputado cuando es objeto de notificación acerca de un plazo para impugnar una resolución es una muestra plausible de optimizar la actividad defensiva del mismo, a tal punto que la inobservancia de dicho presupuesto torna ineficaz la diligencia y permite al interesado solicitar la reposición del plazo en forma total o parcial, según la circunstancia;*
- c) *La posibilidad que el imputado, fundamentalmente, residiendo en un lugar distante del asiento del juzgado o tribunal, pueda constituir su domicilio real o procesal y requerir la notificación en dicho lugar, para lo cual, propondrá un medio que permita simplificar la comunicación (utilizando los parámetros de la comunicación radial, telefónica, telegráfica, por terceros, etc.), todo esto, con el objeto de economizar gastos y trámites absurdos como aquel conocido de la obligatoriedad de constituir domicilio procesal en el radio urbano de la circunscripción, regla inaplicable por las variables que ofrece este capítulo.*
- d) *Se abren un abanico de posibilidades, todas ellas, con un criterio de garantizar las comunicaciones a las partes que les permitan ejercer con mayor transparencia y amplitud sus derechos y garantías procesales.*

No obstante, no debe perderse de vista que si la opción de la notificación a cargo del funcionario judicial es la adoptada, se indican los presupuestos que debe reunir y las diversas situaciones que se pueden presentar (*domicilio desconocido, ausencia del notificado, etc.*), sin que por ello, se obvien las formas que indudablemente deberá reunir este tipo de comunicación a las partes, bajo pena de nulidad o ineficacia.

- a) Las resoluciones serán notificadas al día siguiente de dictadas, salvo que la ley, el juez o el tribunal, disponga un plazo menor. Las notificaciones serán practicadas por el funcionario encargado expresamente para ello, sin perjuicio del auxilio de otras autoridades cuando sea necesario.
- b) Las resoluciones dictadas durante o inmediatamente después de las audiencias orales se notificarán por su lectura. 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.
- c) Cuando no respondan a esta intimación quedarán, en lo sucesivo, notificadas por el transcurso de las veinticuatro horas siguientes al dictado de la resolución.
- d) En defecto de estas reglas, se procederá a su notificación por edictos.
- e) Si el imputado está privado de su libertad, se le notificará en el lugar de su reclusión.
- f) 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.
- g) 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. Si al notificarse personalmente al imputado comienza un plazo para impugnar una resolución deberá ser instruido, verbalmente o por escrito, acerca de los recursos posibles y el plazo para interponerlos. A esto efectos, se dejará constancia en el acta de notificación de esta advertencia efectuada al imputado, inobservancia que obviamente provocará la ineficacia absoluta del acto.

Nulidad de la notificación. La notificación será nula, siempre que cause indefensión:

- a) *Si ha existido error sobre la identidad de la persona notificada o sobre el lugar de la notificación;*
- b) *Si la resolución ha sido notificada en forma incompleta;*
- c) *Si en la diligencia no consta la fecha de su realización o, en los casos exigidos, la entrega de la copia;*
- d) *Si falta alguna de las firmas requeridas, y;*
- e) *Si existe disconformidad entre el original y la copia.*

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.

En todos los casos la cédula de citación expresará bajo pena de nulidad:

- a) *La autoridad que la ordenó;*
- b) *La denominación de la causa; el objeto, y;*
- c) *El lugar, día y hora en que el citado deberá comparecer.*

Audiencias. 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.

A tales efectos, se entenderá que todas las partes han sido convocadas, salvo que la convocatoria se refiera a alguna de ellas en particular.

Traslado 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.

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. El término comenzará a correr desde el día hábil siguiente (recuérdese que esta es una regla general que se aplica en todos los casos en que se disponga un traslado, una remisión o la posición que debe expresar una de las partes que intervienen dentro de un trámite y en el cual no se establezca un plazo en particular).

El interesado podrá retirar de secretaría el expediente o sus copias, a su costa, por el plazo que faltare para el vencimiento del término. Vencido el plazo por el cual se corrió el traslado sin que las actuaciones fueran devueltas, previo informe del secretario, se librárá orden judicial inmediata al oficial de justicia para que las requiera o las incaute, autorizándolo a allanar domicilios y a hacer uso de la fuerza policial, según el caso.

Los traslados serán nulos en los mismos términos que las notificaciones.

4. La rebeldía.

La rebeldía es un estado procesal que afecta la presencia física del imputado al procedimiento y se produce, al decir de *Vélez Mariconde*, cuando “...el imputado no cumple el deber de comparecer ante el tribunal cuando es citado, ya sea porque desobedece la orden impartida, o porque se fuga del establecimiento o del lugar en que está detenido, o se ausenta, sin autorización, del lugar que se le asignó para que residiera, asume la condición de “contumaz” o rebelde, determinando efectos relativos a la suerte del proceso, a su libertad y a las costas causadas...”.¹

Conforme al concepto expuesto, el CPP señala que será declarado en rebeldía el imputado que no comparezca a una citación sin justificación, se haya fugado de un establecimiento o lugar de reclusión, desobedezca una orden de aprehensión o se ausente sin aviso de su domicilio real.

¹ VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO. “DERECHO PROCESAL PENAL”. TOMO I. EDITORIAL MARCOS LERNER, AÑO 1986.

La declaración de rebeldía y la respectiva orden de captura serán resueltas, en todos los casos, por el juez penal. A los efectos de su cumplimiento, el magistrado podrá ordenar la publicación de datos indispensables para procurar su captura.

La declaración de rebeldía *no suspenderá la investigación*, salvo en lo que se refiere a resoluciones que pongan fin al proceso, ya que es imposible el dictado de sentencias en ausencia del imputado. *En las etapas subsiguientes, el procedimiento sólo se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los imputados presentes.*

Recuérdese que tal solicitud la deberá requerir el Ministerio Público y su admisión por parte del juez o tribunal *no suspenderá el cómputo del plazo de la investigación de la etapa preparatoria. En consecuencia, lo que se suspende es dicha fase y resulta distorsivo la interpretación de que la rebeldía suspende el cómputo del plazo de duración máxima del procedimiento.*

Nos parece importante resaltar las discrepancias que se dan con relación a lo expuesto en el párrafo precedente, fundamentalmente, por la supuesta lectura de dos preceptos que *-según algunos operadores de justicia-* resultarían contradictorios con relación al efecto suspensivo o de interrupción que produciría la declaración judicial de rebeldía respecto al cómputo del plazo máximo de la duración del procedimiento.

Nos referimos pues, a los *artículos 83 y 136 del Código Procesal Penal*, ya que el primero de los preceptos, habla de la suspensión de las resoluciones que pongan fin al procedimiento, aunque desecha la de la investigación, que continuará en lo que sea posible, salvo los actos de cumplimiento personalísimo que impiden (suspenden), reiteramos, la investigación o Etapa Preparatoria. La antinomia, en apariencia, surgiría de la lectura del *artículo 136 del CPP* cuando dispone que la declaración de rebeldía interrumpa el cómputo del plazo máximo de duración del procedimiento. En este cotejo de los preceptos, siendo el *artículo 136* un dispositivo vinculado estrictamente con las reglas del control de la duración máxima del procedimiento y el *artículo 83* que *sólo refiere el efecto de la rebeldía con relación a la Etapa Preparatoria, señalando el efecto suspensivo y no la interrupción, no tendrían que surgir mayores inconvenientes interpretativos, ya que los efectos de la rebeldía con relación a una etapa en particular y al proceso en general, son demasiado claros respecto a dicha declaración judicial.*

Sin embargo, algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia *“interpretó”* a favor del imputado el efecto suspensivo de la rebeldía con relación al cómputo de la duración máxima del procedimiento, lo cual constituye un verdadero contrasentido, según se verá.

Obviamente de este cotejo normativo, se podría tener la siguiente interpretación en un contexto de plenitud y complejidad, respectivamente: declarada la rebeldía por resolución judicial firme, se interrumpe el plazo máximo de duración del procedimiento, pero lo que no equivale a decir que equivale a la suspensión de la investigación (Etapa Preparatoria) cuando existan otros coimputados o se trate de actos necesarios e indispensables, pero queda claro que el efecto suspensivo se refiere a los actos de investigación y nada hace referencia a la duración máxima del procedimiento, cuyo efecto es totalmente distinto. La mentada y aparente antinomia se construye cuando se analiza el mentado precepto *-artículo 83 del CPP-* que en su parte esencial dice: *“...Cuando el imputado comparezca voluntariamente o sea puesto a disposición de la autoridad que lo requiere, se extinguirá su estado de rebeldía y continuará el procedimiento...”*, en cotejo con el artículo 136 que indica que la rebeldía provocará la *interrupción del plazo máximo*, circunstancias que implican una verdadera *antinomia legal*, por lo que tendría que prevalecer, en principio, el contexto puntual del artículo 83 (suspensión del procedimiento de la

etapa preparatoria), más no sus alcances con respecto a la situación prevista en el artículo 136 del CPP, como se aclaró precedentemente.

De cualquier manera, todavía entraría a regir un principio procesal interpretativo, la del artículo 10 del CPP, que establece que se podrá utilizar la interpretación analógica o extensiva, cuando se refiera al ejercicio de los derechos procesales del imputado, aspecto que tampoco abriga una solución coherente, ya que la discusión actual se centra en sindicarse la rebeldía como un derecho a la extinción sobre la base de un desconocimiento de los mandatos judiciales, cuando que la impunidad precisamente puede constituirse en un derecho al control de la duración razonable del proceso, cuando que la suspensión del cómputo es por una causa imputable exclusivamente al imputado.

Retomando el aspecto procesal de la institución analizada, si se declara la rebeldía del imputado con beneficio de litigar en libertad, tal decisión se revocará y si se éste se presentare posteriormente a someterse a los mandatos de la justicia, soportará el pago de las costas incurridos por su situación de contumacia. Si con posterioridad el imputado rebelde comparezca voluntaria o sea puesto a disposición de la autoridad que lo requiere, su estado de contumacia se extinguirá y continuará el procedimiento, quedando sin efecto la orden de captura, siempre que el Juez Penal considere que desaparecieron los motivos relativos al peligro de fuga que, de ordinario, fundamentan restricciones de libertad por ausencia o rebeldía del afectado.

5. La extradición.

La extradición es *el acto de entrega o recepción que efectúa un Estado a otro Estado u organismo internacional competente, de una persona condenada o sometida al procedimiento por hechos punibles que los convenios, tratados o acuerdos internacionales y las leyes nacionales así lo permitan, a los efectos de que el extraditable cumpla la condena o se sujete al procedimiento formado contra el mismo ante las autoridades judiciales del requirente o requerido, según el caso.*

En este contexto, la extradición puede activa o pasiva, según la perspectiva de quien efectúa el reclamo por este conducto.

Es **activa** cuando el Estado es el que reclama la entrega del prevenido o condenado para ser sometido al procedimiento pertinente ante sus autoridades judiciales o cumplir con la condena ya impuesta.

Es **pasiva**, cuando las autoridades judiciales del Estado reciben la solicitud de entrega de una persona *-nacional o extranjera-* que encontrándose en territorio nacional, tiene procedimiento penal pendiente o fue condenada por hechos punibles extraditables en el Estado requirente.

En cuanto a las reglas aplicables, la extradición de imputados o condenados se regirá por el *derecho internacional vigente, por las leyes del país en el que se encuentra el imputado o condenado, por las costumbres internacionales o por las reglas de la reciprocidad cuando no exista norma o tratado aplicable en el caso particular.*

Trámite para la Extradición Activa. La solicitud de extradición de un imputado será decretada por el juez penal, a requerimiento del Ministerio Público o del querellante, conforme lo previsto en el artículo anterior y será tramitada por la vía diplomática.

No se podrá solicitar la extradición si no se ha dispuesto una medida cautelar personal, según lo establecido por el Libro IV de éste código.

La solicitud de extradición de un condenado será decretada de oficio por el juez de ejecución.

Trámite para la Extradición Pasiva. Cuando un Estado extranjero solicite la extradición de un imputado o condenado, será competente el juez penal de la Capital de la República que corresponda.

La resolución que deniegue el pedido de extradición será enviada, en todos los casos, a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que se pronunciará sobre la misma dentro de los quince días de recibidas las actuaciones.

Si la *persona requerida está detenida*, no se decretará la libertad hasta que resuelva la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Si la misma no resuelve en el plazo previsto se concederá inmediatamente la libertad y la detención no podrá ser decretada nuevamente.

En cuanto a la aplicación de *medidas cautelares*, el juez penal requerido podrá ordenar la detención provisoria y la prisión preventiva del extraditabile, siempre que se invoque la existencia de una sentencia o de una orden de prisión, se determine con claridad la naturaleza del hecho punible y se trate de un caso en el cual proceda la prisión preventiva según este código en concordancia con el derecho internacional vigente. En caso de urgencia se podrá ordenar la detención provisoria, aún cuando no se hayan presentado todos los documentos exigidos para la procedencia de la extradición.

La detención provisoria no podrá durar más de quince días, salvo cuando los tratados establezcan un plazo mayor.

El pedido de detención provisoria se podrá hacer por cualquier vía fehaciente y será comunicado inmediatamente al Ministerio de Relaciones Exteriores.

6. Los plazos.

Los actos procesales serán cumplidos en los plazos establecidos. Los plazos legales y judiciales serán perentorios e improrrogables y vencerán a las veinticuatro horas del último día señalado, salvo que la ley permita su prórroga o subordine su vencimiento a determinada actividad o declaración de voluntad.

Los plazos determinados por *horas* comenzarán a correr inmediatamente después de ocurrido el acontecimiento que fija su iniciación, sin interrupción.

Los plazos determinados por *días* comenzarán a correr al día siguiente de practicada su notificación. A estos efectos, se computarán sólo los días hábiles, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario o que se refiera a medidas cautelares, caso en el cual se computarán días corridos, o sea, integrando días y horas hábiles e inhábiles, respectivamente.

Los plazos *comunes* comenzarán a correr a partir de la última notificación que se practique a los interesados. Las partes a cuyo favor se ha establecido un plazo podrán renunciarlo o abreviarlo mediante expresa manifestación de voluntad.

Cuando el plazo sea común, se reputará que existe renuncia o abreviación mediante la expresa manifestación de voluntad de todas las partes.

Cuando la ley permita la fijación de un plazo judicial, el juez o tribunal lo fijará conforme a la naturaleza del procedimiento y a la importancia de la actividad que se deba cumplir, teniendo en cuenta los derechos de las partes.

Plazos para resolver. El juez o tribunal dictará las disposiciones de mero trámite *inmediatamente*.

Los requerimientos provenientes de las partes así como los incidentes los resolverá *dentro de los tres días de su proposición*, siempre que la ley no disponga otro plazo.

Los autos interlocutorios y las sentencias definitivas que sucedan a una audiencia oral serán *deliberadas, votadas y pronunciadas inmediatamente después de concluida la audiencia, sin interrupción alguna*.

En cuanto a la ausencia de plazo para que los jueces resuelvan y siempre que no se trate de cualquiera de las hipótesis antes señaladas, se entenderá dentro de los *tres días de notificadas o que se encuentre expedito el procedimiento para un pronunciamiento*.

Atención Permanente. Las autoridades judiciales dispondrán lo necesario para que los encargados de citaciones y notificaciones judiciales de cada circunscripción judicial, reciban los pedidos y escritos de las partes, en forma continuada y permanente, inclusive fuera de las jornadas ordinarias de trabajo de los tribunales.

A tal efecto, la Corte Suprema de Justicia organizará en las distintas circunscripciones judiciales un sistema de turnos y guardias u oficinas de atención permanente al público.

Responsabilidad del funcionario público en materia de plazos. Los plazos que regulan la tarea de los funcionarios públicos serán observados estrictamente y su inobservancia implicará *mal desempeño de funciones, generando responsabilidad personal*.

La reposición del plazo. Las partes podrán solicitar la reposición total o parcial del plazo, cuando por *defecto de la notificación, por razones de fuerza mayor o por caso fortuito, no hayan podido observarlo*.

Se considerará que existe motivo para pedir la reposición del plazo cuando no se cumplan con las advertencias previstas en el caso de la notificación al imputado.

La solicitud se deberá presentar por escrito ante el juez o tribunal, dentro de las cuarenta y ocho horas de desaparecido el impedimento o de conocida la providencia que originó el plazo y contendrá una indicación somera del motivo que imposibilitó la observancia, su justificación, con mención de todos los elementos de prueba para comprobarla.

7. El control de duración del proceso y otros actos procesales relevantes.

La incorporación de un novedoso y estricto régimen legal para el control de la duración del procedimiento es una de las herramientas sobre las cuales se pretende combatir la mora judicial y su efecto inmediato, cual es, la lentitud y la onerosidad de las causas penales.

Las normas de control de duración del proceso tienen como soporte realizador a los principios de continuidad y progresividad de los actos procesales con la mira puesta en la plasmación del principio elemental de *justicia pronta y barata*. Una forma de optimizar y operar con estos principios político-criminales es a través de la expresa mención de plazos máximos de duración del proceso y

de las distintas etapas que la componen, proponiéndose cláusulas fuertes que ataquen frontalmente el problema de la mora judicial.

El Pacto de San José de Costa Rica -del cual nuestro país es signatario y por lo tanto derecho positivo nacional-, en su artículo 8.1 establece: «*que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable,... en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella (...)*». El plazo razonable que busca compatibilizar el mandato de la cláusula precedente, ha sido estimado en tres años, en la redacción original, *pero por una reforma del año 2003 se incrementó dicho lapso a cuatro años contados desde el primer acto del procedimiento y doce meses como complemento cuando se dicte una sentencia condenatoria a fin de tramitar los recursos*. Se podrá discutir cuanto tiempo es realmente un plazo razonable -si tres, cuatro o más años son indispensables para culminar un proceso penal-, pero es indudable que esa disquisición no podrá trasladarse al punto de señalar que el proceso penal no requiera un límite preciso de duración máxima.

Para el cálculo del plazo razonable se ha tomado en cuenta la duración mínima prevista para las distintas etapas de las que consta el proceso penal y se ha considerado que durante bastante tiempo seguirá pesando una carga burocrática de arrastre, lo que implica la adopción de un término medio oscilante entre el mínimo estrictamente calculado y las extensiones que podrían surgir por circunstancias en cualquier proceso, desde la causa penal más sencilla hasta la más compleja por sus connotaciones.

De este modo el plazo de tres años (*extendido a cuatro años por una reforma muy cuestionada en el año 2003*) no parece ilusorio y hasta se podría discutir si no es excesivo, ya que tomando como una base el mínimo que podría durar un proceso ordinario, se tiene que a lo sumo se necesitaría el año y medio, aproximadamente. Lo importante de este plazo máximo de duración es su carácter absoluto que sólo permite dos excepciones taxativas que podrían motivar la interrupción o la extensión del plazo: la fuga o rebeldía del imputado que impida la prosecución de la causa penal y cuando cumplidos los cuatro años exista una sentencia condenatoria recurrida, en cuyo caso se podrá prolongar por doce meses más dicho lapso, a fin de permitir la tramitación y resolución de los recursos interpuestos.

Alguna crítica de la comunidad jurídica se sostenía que el plazo de tres años no se compadecía con investigaciones por hechos punibles complejos (por la multiplicidad de hechos punibles, de imputados o de víctimas), a lo que se decía lo exiguo de dicho lapso para culminar exitosamente el trabajo de investigación, acusación y eventual sentencia definitiva. Empero, se debe advertir que la misma ley procesal prevé estos supuestos -la complejidad de la investigación-, cuando permite una prórroga extraordinaria del plazo ordinario de investigación, al que no se le señalan límites precisos, pero adoptando el criterio sustancial que jamás el proceso penal, cualquiera sea su naturaleza, puede exceder la duración máxima del procedimiento, claro está, con las excepciones expresas que anteriormente fueron indicadas.

Lamentablemente esta postura inicial del artículo 136 del CPP en el sentido de señalar tres años como plazo máximo de duración, fue extendida a *cuatro años con una norma general de suspensión del cómputo por cualquier causal, por lo que en la praxis la disposición de marras resulta inviable y hasta contraria al mandato constitucional inserto en el artículo 17.10 de la CN en concordancia con el artículo 8.2 de la Ley N° 1/89 que ratifica el Pacto de San José de Costa Rica*.

Una consecuencia constitucional del régimen legal de control del tiempo es la directa responsabilidad de los funcionarios que retardan en atender los requerimientos de actos procesales.

Dos son los efectos concretos que se prevén en este capítulo:

El primero se refiere a una consecuencia directa sobre el proceso en sí, cual es, la extinción de la acción pública (v. gr. la perentoriedad de la etapa preparatoria de seis meses, señala que si el fiscal no formula acusación o cualquier otro requerimiento o, en su defecto, el superior fiscal tampoco formule nada al respecto, el juez penal declarará extinguida la acción penal pública).

El segundo se refiere a una medida importante que busca combatir la morosidad en el tratamiento de los recursos, bajo la modalidad de «resoluciones fictas», en lo referente a las medidas cautelares y en el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia (v. gr. si el juez o tribunal no resuelve la materia en recurso -una medida cautelar-, la parte afectada podrá urgir pronto despacho y si no encuentra aún así un pronunciamiento en las siguientes veinticuatro horas, se entenderá que se admitió la solución propuesta por el imputado).

Es importante rescatar la idea de que precisamente la máxima instancia del Poder Judicial jamás podrá demandar celeridad y cumplimiento de los plazos legales a las instancias inferiores, si es que su propia instancia padece del mal endémico que constituye la morosidad. La falta de conducta positiva en este aspecto, impide dar ejemplos y el vicio se traslada a todo el funcionamiento del aparato judicial que visualizando que todos los operadores incumplen los plazos, se siente “habilitado igualmente para hacerlo”. De ahí la importancia de incorporar estas reglas a todas las instancias y órganos judiciales comprometidos con el nuevo sistema de administración penal.

En definitiva, la eficiencia en 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 reencauce del proceso penal, devolviendo la tan ansiada credibilidad social respecto a su administración de justicia.

Un modo de parafrasear con quimeras inalcanzables y con ello aumentar el descreimiento ciudadano respecto al accionar de sus instituciones republicanas, ha sido la de omitir normas claras y precisas que permitan frenar los obstáculos para el buen funcionamiento de la justicia penal. Creemos que las pautas legales señaladas en el novedoso capítulo de control de duración del procedimiento, la frase tan elocuente de «*justicia pronta y barata*», abandone el escenario del mero discurso retórico y se proyecte en el resultado de los procesos penales en plazos más o menos válidos, desde la óptica de los mismos operadores y del ciudadano común, respectivamente.

7.1 La aplicación de las reglas de control de duración máxima del procedimiento.

Por virtud de la *Ley N°2341 del año 2003*² se modifica el texto originario del Artículo 136 del CPP, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 136. Duración máxima. Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable; por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de **cuatro años**, contados desde el primer acto del procedimiento.

² Es importante señalar que la susodicha Ley N° 2341/03 fue derogada por la *Ley N° 4.669/12*, que rigió por unos meses generó una discusión sobre los alcances entre procesos anteriores a dicha legislación y por aplicación del principio de la ley más favorable se produjeron algunos casos de extinción de la acción penal. Lo concreto es que la *Ley N° 4669/12* finalmente fue objeto de una suspensión por otra ley que fuera promulgada por el poder ejecutivo en el mes de setiembre de 2014. De esta manera, **sigue rigiendo hasta setiembre de 2015 la Ley N° 2341/03**. Cabe aclarar que ni la actual reforma, ni la anterior en suspenso hasta el año 2014, constituyen mejoras sustanciales con relación al texto originario del artículo 136 de la *Ley N° 1286/98*.

Todos los incidentes, excepciones, apelaciones y recursos planteados por las partes, suspenden automáticamente el plazo, que vuelve a correr una vez se resuelva lo planteado o el expediente vuelva a origen.

Este plazo sólo se podrá extender por **doce meses** cuando exista una sentencia condenatoria, a fin de tramitar los recursos.

La fuga o rebeldía del imputado interrumpirá el plazo de duración del procedimiento.

Cuando comparezca o sea capturado, se reiniciará el plazo”.

“Artículo 137. Efectos. Vencido el plazo previsto en el artículo anterior el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal, conforme a lo previsto por este código.

Cuando se declare la extinción de la acción penal por morosidad judicial, la víctima deberá ser indemnizada por los funcionarios responsables y por el Estado. Se presumirá la negligencia de los funcionarios actuantes, salvo prueba en contrario. En caso de insolvencia del funcionario, responderá directamente el Estado, sin perjuicio de su derecho a repetir”.

“Artículo 138. Prescripción. La duración del procedimiento no podrá superar el plazo previsto para la prescripción de la acción penal, cuando este sea inferior al máximo establecido en este capítulo”.

Conforme a lo transcrito por esta ley especial, el texto del artículo 136 del de la Ley N° 1286/98 sufrió una sustancial modificación que, a nuestro modo de ver, desnaturaliza todo lo trasuntado doctrinariamente respecto a la importancia de combatir la morosidad judicial, ya que la cláusula “*genérica*” o “*amplia*” por la cual se deslizarían las hipótesis de suspensión del cómputo, siempre operarán en contra del imputado y nunca a favor del mismo. En palabras más elocuentes: se mantiene un supuesto régimen de duración del procedimiento que en los hechos carece de mínima relevancia.

Con relación a la vinculación de las reglas de duración del procedimiento con el plazo de la prescripción, es importante ahondar el criterio de que aparte de lo expuesto en el mentado artículo 138 del CPP, las reglas de la prescripción previstas en el CP para suspender o interrumpir el cómputo no tendrían que aplicarse, ya que, se estarían utilizando idénticas causales (suspensión e interrupción del artículo 136 del CPP con la suspensión e interrupción de los artículos 102, 103 y 104 del CP), por lo que claramente el sentido de la norma en análisis se ciñe al criterio de un plazo menor de prescripción con respecto a la duración máxima del procedimiento, sin agregados por inferencias que no expresan en forma taxativa las reglas procesales.

Retomando la crítica de la mentada reforma del artículo 136 del CPP mantiene casi el mismo texto, pero agrega variables sustanciales y puntuales que constituyen, insistimos, una grave contrariedad con el derecho internacional vigente de la materia: convierte en letra muerta o inviable el capítulo de las reglas de control de duración del procedimiento.

Esto surge de la lectura de las siguientes consecuencias:

- a) La duración máxima se extiende hasta los *cuatro años*, contados desde el primer acto del procedimiento;
- b) Dicho plazo se *suspenderá automáticamente ante cualquier planteamiento de las partes, incidentes, recursos, apelaciones, y;*
- c) El cómputo empezará a correr nuevamente, una vez que la resolución se encuentre firme y el expediente se haya remitido al juzgado o tribunal inferior para la continuación del procedimiento.

Fuera de que esta “reforma” constituye una legislación *parche* o de *emergencia*, algo a lo que nos tienen acostumbrados parlamentarios profanos en la materia y devenidos en una suerte de “*expertos pragmáticos que oyen los reclamos del pueblo*” (?), la misma es notoriamente inconstitucional ya que sanciona con la *suspensión de todo plazo*, aún cuando el imputado promueva un recurso contra la sentencia condenatoria. En otras palabras, se *garantiza (¡¡¡!!!) al Estado la morosidad de sus actos*, a costa de la inobservancia de la *garantía judicial del imputado de contar con un pronunciamiento definitivo, en un lapso razonable que fijará la ley, expresamente consagrada en el artículo 8.2.h) del Pacto de San José de Costa Rica en concordancia con el artículo 137 de la CN de 1992*.

Una vez más merece destacarse lo que decía el Profesor Víctor Riquelme: “*la enmienda resultó peor que el soneto*”.

Perentoriedad de la Etapa Preparatoria. Dice el artículo 139 del CPP: “**Perentoriedad de la Etapa Preparatoria.** 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”.

Es importante destacar que esta disposición nada tiene que ver con una supuesta aplicación “análoga” o por “interpretación extensiva” de los casos de oposición judicial, en las formas y en los casos establecidos por los artículos 314 y 358 del CPP. Cualquier derivación con relación a esta figura debe entenderse como prohibida por una lectura integral del sistema de interpretación procesal que surge del artículo 10 del CPP.

Recuérdese que la hipótesis que plantea el artículo 139 del CPP implica la ausencia de acusación o requerimiento alternativo alguno, con la única posibilidad de que se haya presentado una prórroga que notoriamente no corresponde, mientras que en los casos de oposición judicial de los mencionados artículos 314 y 358 del CPP, existe un requerimiento concreto del Ministerio Público y a dicho planteo es lo que se opone el magistrado. Las diferencias son obvias que no exigen mayores profundizaciones al lector.

Queja por retardo de justicia. El artículo 140 del CPP dispone: “**Queja por retardo de justicia.** Si el juez o tribunal no dicta la resolución correspondiente en los plazos que le señala este código, el interesado podrá urgir pronto despacho y si dentro de las veinticuatro horas no lo obtiene, podrá interponer queja por retardo de justicia.

El juez o tribunal, con un breve informe sobre los motivos de su demora, remitirá inmediatamente las actuaciones al que deba entender en la queja, para que resuelva lo que corresponda.

El tribunal que conozca de la queja resolverá directamente lo solicitado, cuando sea posible, o emplazará al juez o tribunal para que lo haga dentro de las veinticuatro horas de devueltas las actuaciones. Si el juez o tribunal insiste en no decidir, será reemplazado inmediatamente, sin perjuicio de su responsabilidad personal”.

La resolución “ficta” por morosidad. Antes de analizar la normativa, tendríamos qué preguntarnos *¿Qué se entiende por resolución ficta?*

Respondemos diciendo que es la admisión de la petición efectuada por una de las partes, cuando el órgano obligado legalmente a responder en los plazos de ley, no lo hace formalmente, bajo cuya circunstancia si bien no se materializa el dictado del pronunciamiento, implícitamente se interpreta que el mismo se dictó en la forma esperada o propuesta por el interesado, siempre y cuando así lo señale la norma.

En consecuencia, la resolución ficta se puede dar en dos circunstancias que surge de la transcripción de los siguientes preceptos:

“Artículo 141. Demora en las medidas cautelares personales. Resolución ficta. Cuando se haya planteado la revisión de una medida cautelar privativa de libertad o se haya apelado la resolución que deniega la libertad y el juez o tribunal no resuelva dentro de los plazos establecidos en este código, el imputado podrá urgir pronto despacho y si dentro de las veinticuatro horas no obtiene resolución se entenderá que se ha concedido la libertad. En este caso, el juez o tribunal que le siga en el orden de turno ordenará la libertad.

Una nueva medida cautelar privativa de libertad sólo podrá ser decretada a petición del Ministerio Público o del querellante, según el caso”.

“Artículo 142. Demora de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Ficta. Cuando la Corte Suprema de Justicia no resuelva un recurso dentro de los plazos establecidos por este código, se entenderá que ha admitido la solución propuesta por el recurrente, salvo que sea desfavorable para el imputado, caso en el cual se entenderá que el recurso ha sido rechazado. Si existen recursos de varias partes, se admitirá la solución propuesta por el imputado.

Cuando el recurso a resolver se refiera a la casación de una sentencia condenatoria, antes de aplicar las reglas precedentes, se integrará una nueva Sala Penal dentro de los tres días de vencido el plazo, la que deberá resolver el recurso en un plazo no superior a los diez días.

Los ministros de la Corte Suprema de Justicia que hayan perdido su competencia por este motivo tendrán responsabilidad por mal desempeño de funciones.

El Estado deberá indemnizar al querellante cuando haya perdido su recurso por este motivo, conforme lo previsto en este capítulo”.

8. Las nulidades en el sistema penal.

A fin de tratar de explicar la teoría de las nulidades, creemos conveniente comenzar por conocer la teoría de las sanciones procesales; en este sentido, se ha señalado que para eliminar cualquier acto viciado del proceso, se determina en forma expresa una serie de medidas a las cuales denominamos sanciones procesales que, de ordinario, producen la ineficacia del acto contaminado por el vicio.

La sanción procesal consiste en privar al acto de los efectos producidos o que debía producir, como consecuencia inmediata o mediata de los vicios que presentan otros actos precedentes, los cuales no pueden o no fueron saneados; la doctrina ha clasificado en forma más bien amplia a 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. Otra modalidad está dada por la caducidad, como la sanción que produce la ineficacia del acto por haberse perdido la oportunidad para poder cumplirlo.

Finalmente, la preclusión es una figura que tiene por finalidad sancionar, invalidando el acto cuyo cumplimiento se realiza extemporáneamente y que, por ende, resulta incompatible con una conducta procesal anterior.

El resultado de todo acto irregular, en consecuencia, torna imposible su inclusión al procedimiento precisamente por carecer de requisitos formales y obligatorios que derivan de la ley, por lo que la sanción es la resultante de una constatación efectiva de vi-

cios que invalidan aquél, trasladándose hacia los posteriores que, directa o indirectamente, se vinculan con el acto irregular originario, cualquiera sea las hipótesis precedentemente descritas.

9. Fundamento y distintos supuestos que pueden verificarse con relación a las nulidades.

9.1 Principio rector de las nulidades.

El principio rector en materia de Nulidades en el Proceso Penal, lo expresa el artículo 165 del CPP que textualmente reza:

¡Error! Marcador no definido. **“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 partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio, fundadas en el defecto, en los casos y formas previstos por este 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 consista en la omisión de un acto que la ley prevé”.

De la lectura de dicho precepto se pueden extraer las siguientes consideraciones:

- a) *La valoración de pruebas obtenidas ilícitamente (reglamentación del artículo 17.8 de la CN cuando hace referencia al derecho del imputado a la prueba como impugnación de las que se pretendan oponer como elemento incriminatorio o de cargo), ni tampoco que se le opongan actuaciones producidas con violación de las normas legales que sirvan como presupuestos para el dictado de una decisión (reglamentación positiva del artículo 17.9 de la CN cuando prohíbe expresamente que se acrediten como elementos de cargo actuaciones -no precisamente pruebas- que sirvan de fundamento para una decisión judicial).*
- b) *Las pautas para consignar que el acto impugnado se refiere a las prohibiciones para “valorar la prueba obtenida ilícitamente o que el presupuesto de una decisión sea el producto de actos –no pruebas precisamente- obtenidos con violación del ordenamiento jurídico para dicho menester” se conectan con las Exigencias Constitucionales del Debido Proceso Penal, del Derecho Internacional vigente y del Código Procesal Penal.*
- c) *La regla es que se podrá impugnar una decisión que haya sido objeto de convalidación.*
- d) *Obviamente que la convalidación está sujeta a una previa posibilidad del interesado o afectado por la irregularidad de sanear o corregir el vicio o la irregularidad consignada en el acta.*
- e) *No sólo basta que el interesado no haya convalidado el acto irregular o nulo (en sentido relativo, obviamente), sino que tampoco haya contribuido con su intervención en la producción de la irregularidad del acto.*
- f) *La excepción la brinda el mismo precepto, cuando destaca que el imputado podrá reclamar la nulidad del acto irregular aún cuando haya contribuido a provocar la anomalía, fundamentalmente sobre la base de que por el principio unilateral de que*

el que “Acusa debe Probar con Certeza Afirmativa la Responsabilidad Penal del Imputado”, y, por ende, el imputado no está obligado a probar nada, ya que goza de la presunción constitucional de inocencia, el que debe velar por el cumplimiento de las formalidades y condiciones previstas por el ordenamiento penal en general para evitar nulidades, precisamente, es una tarea exclusiva del órgano de acusación.

- g) En consecuencia, se puede sostener que cuando el impugnante sea el imputado y el mismo acredite la vulneración de un derecho o garantía previsto a su favor, aunque haya contribuido a provocarla y se trate de una irregularidad sancionada expresamente con Nulidad Absoluta, el Juez o Tribunal deberá decretarla.*
- h) Esto último es lo que se denomina como materia prohibida de otras disciplinas procesales, cual es, la Declaración de Nulidad por la Nulidad misma.*

9.2 Las nulidades absolutas.

El CPP clasifica a las **nulidades absolutas**, señalando que:

«(1) Además de los casos expresamente señalados en este Código, (2) serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y en las formas que este Código establezca, o (3) las que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente, y en este Código».

De la transcripción normativa surge claramente que:

- a) Las nulidades absolutas no son susceptibles de convalidación, tal como lo preceptuara el artículo 165 del CPP, ya que cotejando ambos dispositivos, fácil es deducir que una convalidación sólo puede darse con los casos de irregularidades relativas, es decir, las que implícita o explícitamente no estén contempladas bajo algunas de las circunstancias expresadas en el artículo 166 del CPP.*
- b) Notará el lector que en la transcripción textual se incorporaron tres numerales para hacer referencia, distinguida precisamente, por las causales que pudieran motivar la nulidad absoluta de un acto conminado con dicha sanción, reiteramos, en forma expresa.*
- c) La (1) hace referencia a casos de Nulidades Absolutas Específicas y Taxativas como cuando se refiere a la violación de las normas relacionadas con la competencia, a las reglas de notificación, a las reglas de los traslados, a las reglas concernientes a los allanamientos, secuestros y registros, las cuales, tienen la particularidad de que cada norma que regula una de las instituciones ejemplificadas al sólo efecto enunciativo (ya que existen numerosas diseminadas en el CPP) consignan la expresión “bajo pena de nulidad” o “serán declaradas nulas y sin valor”, etcétera.*
- d) La (2) guarda relación con Nulidades Absolutas Genéricas y Taxativas y que hacen referencia al catálogo de protecciones jurídicas previstas para el imputado (asistencia, intervención y representación del mismo) que se reglamenta, básicamente, entre los artículos 74 al 111 del Código Procesal Penal. Por tanto, si se pretende impugnar habrá que analizar, caso por caso, en qué consiste la omisión y destacar su vinculación con una indefensión formal y sustancial, respectivamente.*
- e) La (3) guarda relación con Nulidades Absolutas Enunciativas y Taxativas, que presentan una mayor dificultad para su construcción, ya que la irregularidad debe consignarse en la casuística (caso por caso) con una mayor puntualización para lo cual se cotejará la irregularidad procesal impugnada con la violación de derechos y ga-*

rantías previstos en la CN, el Derecho Internacional vigente y el Código Procesal Penal. Ejemplos de tales irregularidades podría ser la posibilidad de que un imputado sea sometido a un procedimiento en violación de la garantía procesal del artículo 8 (único proceso), por lo que el interesado deberá extremar por qué existe una incompatibilidad del segundo proceso con el primero para destacar la existencia de un obstáculo constitucional y la consecuente nulidad del segundo proceso. Me atrevería a señalar que el catálogo de derechos constitucionales concernientes al proceso penal (artículos 4, 9 al 23 de la CN) abarcarían este nivel, a lo que se añadirían los artículos 1 al 13 del CPP y los dispositivos internacionales incorporados al orden jurídico nacional por virtud de su ratificación y canje, v. gr. La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), por citar un ejemplo.

Las irregularidades no contempladas en el catálogo que acabamos de describir, entonces, no pueden reputarse como nulidades absolutas, por lo que se subentiende que pertenecen al ámbito de las nulidades relativas, las cuales, a su vez, son susceptibles de saneamiento y convalidación en el modo y tiempo señalado por la ley procesal penal.

La fórmula abierta que se adopta como criterio básico y central, se complementa con otros 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 implícitamente integrado a la cláusula general o de apertura.

La prioridad de los derechos del imputado y que no son otra cosa que un *derecho constitucional aplicado*, no puede limitarse a las señaladas en la definición general, sino que se debe complementar, como dijimos, con los casos de nulidad implícita por afectación de las normas del debido proceso penal en directa relación con el ejercicio de la defensa en juicio. En este sentido, las nulidades absolutas encuentran un formidable respaldo en la conocida teoría de la violación de las normas de orden público en el ámbito penal, institución que fuera definida por **Alfredo Orgaz**, cuando señalaba que los actos que afectan ese orden público se verifican cuando se omiten o se violan la estricta observancia de una categoría de intereses fundamentales y vitales de una colectividad.

El CPP no define al orden público que fundamenta la teoría de las nulidades absolutas, pero señala con toda claridad los casos de vicios esenciales y que se cobijan bajo el principio señalado.

La declaración de nulidad del acto viciado, anula todos sus efectos y también los actos que dependan de él; por ende, la resolución judicial señalará taxativamente a cuáles 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 un perjuicio mayor que el previsible por la nulidad misma del acto viciado y los demás que siguen la misma suerte de aquél.

Con respecto a las Nulidades Relativas, el **Profesor Juan Carlos Mendonca**, señala: «...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 purga la preclusión. De donde, dos son los modos mediante los cuales se convalidan; por acto u omisión de los interesados o por obra de la ley».³

Por su parte, **Carlos Creus** explica que 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 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...».⁴

El CPP 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 concretas, a saber: *el saneamiento o corrección y la convalidación o subsanación del acto*, salidas a las que otorga prioridad por sobre la declaración de nulidad, que debe ser la «*ultima ratio*» de las sanciones a la actividad procesal irregular o defectuosa. Obviamente que esta regla general cede frente a las *nulidades absolutas*, porque, reiteramos, en este caso, aunque el imputado haya consentido la irregularidad se podrá declarar aunque no se constate un perjuicio o agravio al interesado (una suerte de admisión excepcional de la “nulidad por la nulidad misma” que en el sistema dispositivo de partes es inadmisibles, pero en el proceso penal de carácter eminentemente publicista y de ejercicio obligatorio de la acción penal en tal coyuntura, se puede traslucir esa nulidad provocada o consentida, por el propio artífice de la irregularidad, porque es el Estado (su órgano oficial de persecución penal) quien tiene a su cargo el deber de velar por el cumplimiento estricto de los derechos y garantías procesales -artículo 268.1 de la CN-).

De esta manera, 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 sea posible, se encuentra facilitado en el Código; en caso contrario, el oportuno reclamo permitirá la impugnación, individualizando al acto viciado u omitido, a la vez, que se deberá proponer la solución respecto al vicio que afecta los derechos del interesado.

¿Qué señala el Código Procesal Penal con respecto al saneamiento? Consigna una coherencia con el principio rector del artículo 165 cuando establece que: “...**Excepto los casos de nulidad absoluta**, sólo se podrá solicitar el saneamiento de la nulidad mientras se realiza el acto o dentro de las veinticuatro horas de realizado, cuando quien lo solicita haya estado presente en él y antes de dictarse la decisión impugnada, cuando no haya estado presente. Si por las circunstancias del acto ha sido imposible advertir oportunamente su nulidad, el interesado deberá reclamarlo dentro de las veinticuatro horas después de conocerla. La solicitud de saneamiento describirá la irregularidad, individualizará el acto viciado u omitido y propondrá la solución”.

La *convalidación del acto viciado* se producirá por las siguientes razones: por no haberse solicitado oportunamente el saneamiento, cuando exista consentimiento expreso o tácito de los interesados o cuando haya alcanzado su finalidad con respecto de todos los interesados pese a la irregularidad del acto.

³ MENDONCA, JUAN CARLOS. “INCONSTITUCIONALIDAD. ASPECTOS PROCESALES”. EDITORIAL COMUNEROS. AÑO 1982.

⁴ PESSOA, NELSON R. “LA NULIDAD EN EL PROCESO PENAL”. EDITORIAL BIJUPA. AÑO 1996.

¿Qué señala el Código Procesal Penal con respecto a la convalidación? Determina nuevamente una advertencia con respecto al mandato taxativo de no contemplar en dicha eventualidad a los casos de nulidad absoluta, si bien aquí no lo señala explícitamente, de la interpretación sistémica se llega a dicha conclusión. En efecto, dispone que “...Las **nulidades relativas** quedarán **convalidadas** cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento, cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto y si a pesar de la irregularidad del acto, el mismo ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados”.

Como se puede interpretar, son tres hipótesis que requieren -en todos los casos- una denuncia previa del afectado, a lo que se debe añadir el caso en que con prescindencia de la denuncia del vicio, el acto adquiere una convalidación automática porque ha cumplido con la finalidad regular presupuestada por la norma. Esta pauta se basa en la doctrina uniforme que contemporáneamente impera en lo pertinente a este aspecto.

10. El incidente de nulidad.

Una de las cuestiones más trascendentes de estas normas que alteran -en sustancia- las reglas tradicionales de las nulidades, es que en el viejo sistema la repetitiva promoción de incidentes de nulidades retardaba el proceso y vulneraba los principios de *concentración, economía, progresividad de las etapas y economía*, respectivamente.

Con la propuesta del Código, los incidentes tendrían que reducirse a un nivel que provoque en los hechos, una interferencia casi intrascendente en la marcha progresiva de la investigación hacia la definición del *objeto del proceso que permitirá centralizar el juicio oral y público*. No obstante, en la dinámica del proceso acusatorio, se prevé una etapa esencial para corregir los actos irregularmente llevados a cabo durante la investigación, cual es, la etapa intermedia a la que también se denomina *control cruzado o crítica de la investigación penal*, pudiendo usufructuar -las partes- las medidas procesales correctivas que permitan sanear o convalidar el o los actos deficientemente realizados o, como última salida, se excluyan aquellos que están contaminados por vicios irreparables que tornan imposible su consideración como elemento probatorio para el juicio oral y público.

De esta manera, los incidentes de nulidades se podrán plantear con la mayor amplitud en la ***Etapa Intermedia***, salvo los casos de actos excepcionales que no permitan una demora para su corrección o exclusión y exijan una inmediata declaración sobre la pertinencia de la solicitud del afectado (*anticipos jurisdiccionales de prueba, resoluciones sobre medidas cautelares, actos de investigación que requieren formalidades de orden jurisdiccional como los allanamientos para cateos y secuestros, etc.*). Esta modalidad pretendida pretende un control *horizontal* de la investigación y abandonar el vertical, prohijada por la cultura inquisitiva de poner a la consideración de un tribunal superior, cualquier acto de la investigación penal, por más insignificante que fuera, todo lo cual, acarrea graves retardos al proceso en general y una interminable extensión de la investigación que invertía las reglas del debido proceso en el sentido que la centralidad de aquél, giraba en torno al sumario y nunca propendía al juicio, de cuya consecuencia, se podría concluir que el juicio previo como mandato taxativo del Artículo 17.3 de La CN resultaba una mera expresión lírica.

4. Naturaleza jurídico-procesal de la nulidad: ¿inviabilidad del recurso de nulidad?

Retomando la dirección político-criminal del Código, es importante acotar que la declaración de nulidad del acto jurídico, será el último medio que dispondrá el juez o tribunal para la expulsión del acto viciado, siempre por resolución fundada, sin perder de vista, que siempre deberá efectuar todos los esfuerzos jurídicos tendientes al saneamiento del acto irregular.

Recuérdese que la declaración de una nulidad absoluta no preconiza otra cosa que un fracaso del procedimiento que se debe evitar en la medida de lo razonablemente admisible, pero jamás por la preeminencia de dicho esfuerzo (*repetimos, en el margen de lo razonable y permitido*), equivaldrá a cerrar los ojos por parte del juez y empecinarse en no dar cabida a las nulidades absolutas, cuando la omisión transgredía reglas, como la defensa en juicio. Aquí deberá primar una importante dosis de creatividad del juez que oportunamente arbitrará todos los medios legales conducentes a sanear el acto viciado, obviando esa mentalidad formalista que busca declarar nulidades insustanciales que perjudican gravemente el normal desarrollo del proceso, exceptuando, reiteramos, los casos de nulidad absoluta conminada y explicada en el tópico respectivo, planteándose, incluso, situaciones que sólo podrían verificarse en el proceso penal, como el de una suerte de *nulidad por la nulidad misma, aunque técnicamente no sea así, pero siempre tomando una situación extrema que sirve para consolidar la idea de una diferencia sustancial con el sistema de nulidades de otras materias.*

Mientras la nulidad se refiere a los actos procesales que no contengan una decisión final del objeto de la causa penal, la solución se deberá ceñir a las formas precedentemente citadas, sin perjuicio del derecho de recurrir bajo causales de nulidad, el que se planteará como recurso de apelación *-en cualquiera de sus formas-* o de casación, según el caso.

Ahora bien, si el acto viciado se refiere a una sentencia definitiva recaída en un juicio oral y público, se ha previsto en el Código (*vinculado estrechamente en lo concerniente al punto que estamos abordando*), dentro del recurso de apelación especial y de casación extraordinaria, el reenvío a otro tribunal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación. En este sentido, El tribunal podrá anular total o parcialmente la sentencia y ordenará nuevo juicio por otro órgano jurisdiccional. Si la **nulidad** afecta parcialmente el juicio, el tribunal superior indicará el objeto concreto del nuevo juicio; por el contrario, si de la omisión comprobada por el tribunal superior, surja que no sea necesario un nuevo juicio o que podría resultar la extinción de la acción penal, obviará el reenvío y dictará resolución directa sobre la cuestión.

Finalmente, se debe tomar en cuenta que no se ha previsto en el CPP un recurso especial de nulidad ya que la posibilidad de alegarla está contenida dentro de las facultades impugnativas de la Apelación en General y en Especial y la Casación, respectivamente, todo ello, conforme al verdadero objeto de las materias recursivas en el modelo acusatorio que, sobre toda otra circunstancia, debe precautelar la centralidad del juicio oral y público que es la institución que cristaliza del modo más diáfano los principios de publicidad, oralidad, inmediatez, concentración, continuidad, progresividad y congruencia, respectivamente.