



CURSO: “EXCEPCIONES E INCIDENTES EN EL DERECHO PROCESAL PENAL BOLIVIANO”



**MÓDULO 2
INCIDENTES**

Contenido

1. PRESENTACIÓN.....	3
2. ETIMOLOGÍA.....	4
3. DEFINICIÓN	4
4. INCIDENTES POR ETAPAS	5
4.1. INCIDENTES NOMINADOS POR ETAPAS PROCESALES.....	5
4.2. INCIDENTES TRANSVERSALES	6
5. INCIDENTES TRANSVERSALES.....	7
5.1. Objeción a la querrela u acusación particular	7
5.2. Incidente de Perdón Judicial.....	9
5.3. Incidente de suspensión condicional de la pena	11
5.4. Incidente de nulidad de notificación	16
5.5. Incidente de explicación complementación y enmienda.....	19
5.6. Incidente de recusación.....	21
5.7. Incidente sobre medidas cautelares personales y reales	22
5.8. Incidente de cesación de la detención preventiva.....	26
6. INCIDENTES SUSCITADOS DURANTE LA ETAPA PREPARATORIA.....	27
7. INCIDENTES SUSCITADOS DURANTE LA ETAPA DE JUICIO	27
8. INCIDENTES SUSCITADOS DURANTE LA ETAPA DE EJECUCIÓN	27
9. INCIDENTES INNOMINADOS.....	28
9.1. INCIDENTE DE RECONOCIMIENTO O CONVALIDACIÓN DE LA DETENCIÓN DOMICILIARA POR PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....	28
9.2. INCIDENTE DE ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA	29

MÓDULO 2

INCIDENTES

1. PRESENTACIÓN.

El proceso penal boliviano se encuentra dividido en etapas claramente diferentes, división que responde al proyecto del código procesal tipo para Iberoamérica, modelo que doctrinalmente se adecúa al modelo acusatorio oral, ahora bien, esta división posibilita también que los incidentes o mecanismos de defensa a ser presentados sean diferenciados y respondan a la naturaleza jurídica de cada etapa, sin que ello implique que existan incidentes que puedan ser suscitados en todas las etapas, tal es el caso típico del incidente de actividad procesal defectuosa.

Las excepciones e incidentes al constituirse en mecanismos de defensa, tienen un carácter de derecho fundamental, por lo cual su tratamiento no puede ser similar al de un derecho patrimonial, toda vez que se encuentra garantizado por el derecho público, entonces el análisis y resolución debe ser desde esa óptica, puesto que si bien el objetivo del proceso penal es que se llegue a la verdad histórica de los hechos, que permita llegar a una certeza que genere convicción sobre la existencia o inexistencia de un delito, empero el ordenamiento jurídico reconoce determinadas limitaciones respecto a este objetivo constitucional, entonces, la obtención de la verdad se encuentra supeditada al cumplimiento del principio de legalidad, del debido proceso entre otros. Debe entenderse que las formas procesales al no ser un fin en sí mismas, sino que tienen la finalidad de asegurar el respeto de las garantías constitucionales, sin que ello implique se llegue a un excesivo rigor formal, puesto que se debe evitar que se constituyan en mecanismos que retarden, antes que asegurar la averiguación de la verdad.

La etapa preparatoria al estar caracterizada por la recopilación de fuentes de prueba e indicios que permitan develar la existencia o no de un ilícito y, en el supuesto de contarse con los elementos de convicción suficientes que acrediten la existencia del hecho, deberá procederse a la identificación de los perpetradores del hecho ilícito, de modo que al juicio oral se pueda llegar con la mayor cantidad de pruebas e indicios, desde ese

punto de vista, el juicio oral dependerá de un debido saneamiento procesal. Ahora, si bien esta etapa al parecer tiene una única finalidad cual es la de generar indicios y elementos probatorios con actuados debidamente saneados a juicio, no obstante, desde el inicio de investigaciones se realizarán diversas diligencias, por lo cual en esta etapa se resolverán situaciones que afectan a bienes, garantías, derechos fundamentales, como son los allanamientos, secuestros, incautaciones, etc.

Resulta ineludible que si bien se tiene como el mandato constitucional de que en todos los procesos se llegue a la verdad histórica de los hechos, no obstante, cuanto tratamos lo atinente a los medios y mecanismos de defensa, se colige que la finalidad del legislador al establecer los supuestos específicos de los incidentes, nulidades y excepciones, en el Código de Procedimiento Penal, en fiel apego al principio de legalidad, debido proceso, entre otros, ha comprendido indispensable para un sistema penal garantista, la correcta conformación e intervención de los actos procesales y situaciones jurídicas que puedan surgir en un proceso penal. De ahí que, a momento de plantear cualquier incidente, nulidad o excepción, es obligatorio prever y plantear de forma clara, el alcance, características y afectaciones del acto, toda vez que el proceso no responde a la vigencia de formalismos.

2. ETIMOLOGÍA

La palabra incidente deriva del latín “incide, incidere” que significa sobrevenir, interrumpir o producirse. En el Derecho Romano no se encuentra antecedente alguno respecto de los incidentes, y estos se fueron creando atendiendo a las exigencias procesales que urgían en una inmediata solución, a puntos importantes que resolver fuera del principal del proceso.

El incidente nace cuando se plantea un cuestionamiento accesorio dentro del proceso o con motivo de él; pero siempre dentro del curso de la instancia.

3. DEFINICIÓN

Se tiene claro que los incidentes por regla general no tienen la finalidad de atacar el fondo del proceso como tal, así también lo entiende Cabanellas al definirlo como “Del latín incidens, incidentes, que suspende o interrumpe, de cadere, caer una cosa dentro de otra. En general significa lo casual, imprevisto o fortuito. También, acontecimiento o suceso¹”. Rafael Pina define al incidente como “El procedimiento legalmente establecido

¹ Cabanellas G., Diccionario Jurídico Elemental

para resolver cuestión que con independencia de lo principal, surja en el proceso”². Este criterio resulta ratificado por varios tratadistas entre ellos Manresa y Navarro, José Becerra Bautista, Eduardo Pallares entre otros que consideran “Los incidentes son las cuestiones que surgen durante el juicio y que tienen relación con la cuestión litigiosa principal, o, con el procedimiento”³.

4. INCIDENTES POR ETAPAS

Conforme se lo analizó el proceso penal como tal se encuentra dividido por etapas, aspecto que responde al sistema acusatorio, desde esa óptica existirán incidentes nominados y también los incidentes innominados, el estudio de todos ellos a diferencia de las excepciones resulta ser amplio, de ahí que difícilmente se podrá llegar a analizar absolutamente todos los incidentes que puedan suscitarse dentro de la causa, máxime cuando en su mayoría tendrá que realizarse una remisión a la norma, es decir en su mayoría no se han generado líneas jurisprudenciales sobre los mismos en razón de que estos no ameritan mayor estudio que el de la norma.

Sobre esta división por etapas, se infiere que existirán cuestiones incidentales los cuales por la naturaleza y finalidad a la que están destinados podrán ser presentados en diferentes etapas, a estos se los denomina como transversales, habiendo realizado el tratadista Arturo Yañez un cuadro que resume los incidentes nominados:

4.1. INCIDENTES NOMINADOS POR ETAPAS PROCESALES⁴

ETAPA	INCIDENTE	REGULACIÓN (arts. Del CPP)
PREPARATORIA	Anticipo de prueba	307
	Reserva de actuaciones	281
	Incidente o controversia sobre tenencia, posesión o dominio sobre una cosa o documento, para depósito o devolución.	54, 189 y 253
	Incidente sobre acreencias	
	Incidente sobre calidad de los bienes	256 255

² De Pina R., Diccionario de Derecho

³ Pallares E., Derecho Procesal Civil

⁴ YAÑEZ, A. Excepciones e incidentes, Sucre, Ediciones Gráficos Gaviota del Sur, 2016, p.279 - 280

JUICIO	Incidente de retractación insuficiente (en delitos de acción privada)	378
	Exclusión de prueba ilícita	172
EJECUCIÓN	Libertad condicional	433 y 175 (LEPYS)
	Extramuro	169 (LEPYS)
	Salidas prolongadas	167 y sgtes. (LEPYS)
	Revocatoria de libertad condicional, extramuro y Salidas Prolongadas	435 Y 176 (LEPYS)
	Modificación o reforma de las condiciones impuestas al beneficiario de libertad condicional	177 (LEPYS)
	Traslado de Penitenciaria	37 (LEPYS)
	Transferencia Internacional de la Ejecución	38 (LEPYS)
	Redención	
	Ejecución de Penas no Privativas de Libertad	138 y sgtes. (LEPYS)
Extinción de la pena por Perdón del Ofendido en Delitos de Acción Privada	200 y sgtes. (LEPYS) 438	

4.2. INCIDENTES TRANSVERSALES

TRANSVERSAL	Objeción a la querrela	291 y sgtes.
	Incidente sobre la calidad de bienes	255
	Perdón judicial	368
	Suspensión Condicional de la Pena	366
	Nulidad de notificación	166
	Explicación, complementación y enmienda	125
	Detención preventiva	232 y sgtes.
	Cesación a la detención preventiva	239
	Medidas sustitutivas	240

Como se advertirá el bagaje de cuestiones incidentales a las que pueden recurrir los sujetos procesales, resulta ser basto, la mayoría de ellos no ameritará mayor análisis que el consignado en la norma, no obstante, donde si se tendrá un poco de dificultad será en los denominados incidentes innominados, y no necesariamente los referidos a los incidentes de actividad procesal defectuosa que son los que tienen mayor incidencia respecto a su tramitación, así, tendremos por ejemplo que en ejecución penal se puede tramitar el incidente de reconocimiento de pena cumplida en detención domiciliaria preventiva.

5. INCIDENTES TRANSVERSALES

5.1. Objeción a la querrela u acusación particular

Respecto a este instituto procesal, la Sentencia Constitucional 115/2004 – R de 28 de enero reguló inicialmente el procedimiento, propone una noción al respecto e interpreta: “La objeción de la querrela, es un mecanismo procesal que la Ley confiere al imputado, para que observe la admisibilidad de la misma y la personería del querellante, por consiguiente debe ser resuelta antes de su admisión y antes de cualquier otro actuado procesal, sin que pueda ser suplido con otros recursos como la interposición de excepciones”.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Penal determina:

Artículo 291^o.- (Objeción). El fiscal o el imputado podrán objetar la admisibilidad de la querrela y la personería del querellante. La objeción se formulará ante el juez, en el plazo de tres días computables a partir de su notificación. El juez convocará a las partes a una audiencia oral que deberá realizarse dentro de los tres días de presentada la objeción y la resolverá inmediatamente de finalizada la audiencia. Cuando se funde en la omisión o defecto de los requisitos formales de admisibilidad, el juez ordenará su corrección en el plazo de tres días, caso contrario se la tendrá por no presentada. El rechazo de la querrela no impedirá continuar con la investigación, cuando se trate de delito de acción pública.

Como se advierte, se realiza un cuestionamiento a aspectos formales referidos a la admisibilidad de la querrela y la personería del querellante ante la configuración de lo previsto en el art. 78 de la Ley 1970⁵, ello como aspecto principal, por otra parte se colige que este incidente puede ser presentado en etapa preparatoria o en juicio, en razón de

⁵ Art. 78 del Código de Procedimiento Penal: “La víctima podrá promover la acción penal mediante querrela, sea en los casos de acción pública o privada...”.

que admitirá la posibilidad de objetar la querrela especialmente en los delitos de acción privada, respecto a la legitimación activa, se advierte que no es un mecanismo propio de la defensa, sino que también hacer uso del mismo el titular de la acción penal.

Respecto a la personería se colige que implica tanto el reconocimiento de calidad de víctima así como la insuficiencia de representación por mandato.

Los supuestos fácticos desde luego que son diversos, destacando en todo caso algunas líneas jurisprudenciales, las cuales pese a las modificaciones legislativas se mantienen vigentes, en ése contexto se tiene la jurisprudencia precedencial reiteradora SCP 0622/2015 – S1 que interpretó que las personas jurídicas tienen calidad de víctimas y de querellantes en los delitos que les afecten.

SCP 0622/2015 – S1

De tales antecedentes se tiene que conforme a las previsiones contenidas en los arts. 76 inc. 3), y 78 en su parte in fine del CPP, se consideran víctimas también a las personas jurídicas en los delitos que les afecten pudiendo éstas querrellarse a través de sus representantes. En ese entendido, el Viceministro de Vivienda y Urbanismo tiene atribuciones propias establecidas en el art. 73 del DS 29894, más aún si se tiene presente que es la autoridad llamada por ley para: "Proponer y coordinar políticas de vivienda, asentamientos humanos en área urbana y rural para su aplicación en las entidades territoriales autónomas y descentralizadas. Proponer y ejecutar planes y programas de vivienda de interés social, priorizando a las familias de escasos recursos, grupos menos favorecidos y a la población del área urbana y rural, en el marco de asentamientos planificados que incentiven la vida en comunidad. Proponer las negociaciones de tratados y convenios nacionales e internacionales de vivienda, así como coordinar con el Ministro las acciones para promover la cooperación internacional en apoyo al sector" (art. 73 incs. a), b) y c) de la citada Disposición), entre muchas otras relativas a la vivienda, sobre las que tiene tuición en calidad de Viceministro, de ahí que cualquier contrato que dañe a los planes de vivienda social previstos por éste perjudica a sus intereses, a los de la sociedad y a los del Estado, de donde emerge la capacidad para querrellarse en defensa de los hechos ilícitos que perturben el normal desenvolvimiento de los proyectos de vivienda. En ese sentido, los referidos preceptos han previsto que cualquier persona jurídica, que se sienta afectada por la comisión de un delito, puede tener la calidad de querellante por medio de su representante legal, pudiendo ser parte procesal acusadora, y no existe razón alguna para limitar su participación, ni impedir su intervención; siendo que de ninguna manera esto constituye procesamiento indebido o ilegal, bajo los entendimientos previstos y desarrollados en el Fundamento Jurídico III. 4 del presente Fallo constitucional.

5.2. Incidente de Perdón Judicial

En lo atinente al perdón judicial se colige que se constituye en una causa de extinción o finalización de la responsabilidad penal, e implica el perdón de la ejecución de la pena, esta concesión prevista en nuestro ordenamiento jurídico implica un análisis de los antecedentes del procesado y de las circunstancias que rodean el hecho; ahora, corresponde realizar una diferenciación necesaria respecto a la amnistía, toda vez que la misma implica una renuncia a la persecución del delito, en cambio el perdón judicial puede ser otorgado a quien ya ha sido condenado, cumpliendo los presupuestos que al efecto estipula la ley.

Ahora bien, sobre el alcance del perdón judicial el Tribunal Constitucional por ejemplo en la SC 563/07 – R de 5 de julio interpretó: “... constituye una medida de política criminal adoptada por el legislador, que encuentra su fundamento en la necesidad de privar de los efectos negativos de las penas privativas de libertad de corta duración, es por ello que dicho beneficio se concede al autor o partícipe, que por un primer delito sea condenado a la pena privativa de libertad no mayor de dos años, conforme lo dispone el art. 368 del CPP vigente”.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Penal determina:

Artículo 368º.- (Perdón judicial). La jueza o el juez o tribunal al dictar sentencia condenatoria, concederá el perdón judicial al autor o partícipe que por un primer delito haya sido condenado a pena privativa de libertad no mayor a dos años. No procederá el perdón judicial, bajo ninguna circunstancia, en delitos de corrupción.

De la norma citada se advierte tres presupuestos a ser analizados:

- ✚ Respecto del sujeto activo, el mismo debe cumplir con un presupuesto cual es que se trate de un primer delito.
- ✚ En lo atinente a la pena, esta no debe ser mayor a dos años.
- ✚ No procede en delitos de corrupción.

5.2.1. JURISPRUDENCIA

El Tribunal Constitucional Plurinacional reguló el procedimiento del perdón judicial al concluir que si el perdón judicial no fue concedido al momento de dictarse sentencia condenatoria, corresponde hacerlo, de oficio, luego de ejecutoriada la sentencia, antes

de librarse el mandamiento de condena, así lo interpretó la SCP 767/2013 de 7 de junio de 2013:

SCP 767/2013 de 7 de junio

Es decir, en el presente caso si bien no se consideró en su momento procesal el perdón judicial se tiene que tras la ejecutoria de la sentencia condenatoria y antes de librarse el mandamiento de condena de oficio debió valorarse la procedencia del perdón judicial, al no haberse hecho dicha consideración con anterioridad, ello en virtud a que su otorgación es un mandato imperativo para las autoridades demandadas ello se reitera para evitar que aquellos condenados por primera vez con una pena menor a dos años sean sometidos a los efectos negativos de las penas privativas de libertad de corta duración, por lo que tampoco era aceptable que se tenga que esperar la solicitud del condenado a objeto de sujetarla a una tramitación, máxime si se encontraba de por medio su libertad. Por lo expuesto, se concluye que en virtud a la norma referida y con la debida celeridad, corresponde al Tribunal de Sentencia Penal demandado, considere de oficio la procedencia o no del perdón judicial, ello a fin de no desvirtuar la esencia misma del beneficio que la ley le confiere al condenado por primera vez

Luego, respecto al efecto del perdón judicial:

SCP 979/2013 - L

J III.4 "...Efectuada la relación que antecede, corresponde remitirnos a la norma legal que contempla este beneficio, misma que establece los requisitos que deben ser cumplidos a efectos de acceder a éste, así el art. 368 del CPP, instituye que:

- a) Es concedido al condenado por un primer delito; y
- b) cuya pena privativa de libertad impuesta no sea mayor a dos años.

Ahora bien, conforme estableció la doctrina, es cierto que la autoridad jurisdiccional tiene plena facultad para conceder éste beneficio, empero no es menos evidente que esta potestad encuentra su limitante en el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la ley; en el caso objeto de estudio, de los datos del proceso se constata que el accionante se sometió a procedimiento abreviado en cuya audiencia, su abogado solicitó se le conceda el perdón judicial, petitorio que fue denegado bajo el argumento de no encontrarse ejecutoriada la resolución del procedimiento abreviado con la que las partes no habrían sido notificadas aún, empero se advierte que en las últimas líneas de la parte resolutive se tiene la disposición de que las partes quedaban legalmente notificadas con la Resolución, teniendo el término de quince días para interponer recurso de apelación; la resolución de la Jueza demandada resulta contraria a la jurisprudencia constitucional glosada en el Fundamento Jurídico III.2 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional que estableció que aquella persona que se encuentre con la restricción de su derecho a la libertad y que haya sido beneficiario del perdón judicial, debe ser liberada de forma inmediata, aun así la resolución que disponga el beneficio no se encuentre ejecutoriada, es decir, que el término para recurrir de apelación no haya expirado o dicho recurso haya sido planteado, encontrándose pendiente de resolución, por lo que la autoridad judicial demandada no realizó una ponderación de la situación jurídica del accionante, que no obstante haber cumplido con los requisitos establecidos por el art. 368 del CPP para hacerse acreedor del perdón judicial continuó detenido, siendo evidente la lesión a su derecho a la libertad, correspondiendo en consecuencia conceder la tutela solicitada".

5.3. Incidente de suspensión condicional de la pena

De acuerdo al ordenamiento jurídico interno se infiere que éste beneficio a favor del sujeto activo consiste en la facultad que tiene el Juez o Tribunal que dictó sentencia de suspender de modo condicional, el cumplimiento de la pena cuando concurren los requisitos previstos por el art. 366 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto a la suspensión condicional de la pena, la SC 0528/2010-R de 12 de julio, interpretó: “El debido proceso constituye un derecho para proteger al ciudadano de los posibles abusos de las autoridades originadas no sólo en actuaciones u omisiones procesales, sino también en las decisiones que adopten a través de las distintas resoluciones dictadas para dirimir situaciones jurídicas y que afecten derechos fundamentales, constituyéndose en el instrumento de sujeción de las autoridades a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico; de esa esencia del debido proceso, se infiere su aplicación inmediata y constante, desde los actos investigativos hasta la ejecución de la sentencia, constituyendo una garantía de legalidad procesal que en materia penal comprende un conjunto de garantías jurisdiccionales que asisten a las partes procesales, lo que implica que el debido proceso no está limitado sólo al desarrollo del proceso, sino también a las emergencias e incidencias que puedan suscitarse en el cumplimiento o ejecución de la condena, por ende el debido proceso asiste al condenado en las diferentes situaciones que surjan hasta el cumplimiento total de la pena impuesta”.

Artículo 366º.- (Suspensión condicional de la Pena). La jueza o el juez o tribunal, previo los Informes necesarios y tomando en cuenta los móviles o causas que hayan inducido al delito, la naturaleza y modalidad del hecho, podrá suspender de modo condicional el cumplimiento de la pena cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Que la persona haya sido condenada a pena privativa de libertad que no exceda de tres años de duración; 2. Que el condenado no haya sido objeto de condena anterior por delito doloso, en los últimos cinco años. La suspensión condicional de la pena no procede en delitos de corrupción.

Luego, en el art. 367 del adjetivo penal, se ha previsto como efecto que, ejecutoriada la sentencia que dispone condena de ejecución condicional, el imputado deberá cumplir necesariamente, las condiciones u obligaciones impuestas de conformidad al art. 24 de la Ley 1970, ahora bien, en cuanto al efecto que tiene este beneficio se colige que en el supuesto en que se hayan cumplido las condiciones en el tiempo fijado, la pena quedará extinguida; razonando en contrario advertiremos que si durante el periodo de prueba el

beneficiario infringe sin causa justificada, las normas de conducta fijadas, la suspensión será revocada y deberá cumplir la pena impuesta.

En lo concerniente a las peticiones para la consideración del beneficio como tal o bien para su revocatoria, el juez de la causa está obligado a hacer conocer los extremos de la denuncia del condenado y señalar la audiencia respectiva para escuchar las alegaciones de los sujetos procesales. En cuanto a los presupuestos de procedencia de la suspensión condicional de la pena, los requisitos a ser cumplidos son:

- ✚ Que no exista contra el condenado sentencia de condena por delito doloso en los últimos cinco años; y,
- ✚ La pena impuesta no sea mayor a tres años.

5.3.1. JURISPRUDENCIA

Sobre la naturaleza jurídica y sobre los presupuestos para la procedencia:

SCP 2546/2012 de 21 de diciembre .III.3. Sobre la suspensión condicional de la pena y su naturaleza jurídica En coherencia con los fundamentos que anteceden, a los efectos de establecer si la suspensión condicional de la pena en el presente caso, se encuentra vinculado directamente con el derecho a la libertad o no, previamente se desarrolla la naturaleza jurídica de este instituto. Este beneficio consiste en la facultad que tiene el Juez o Tribunal que dictó sentencia de suspender de modo condicional, el cumplimiento de la pena cuando concurren los requisitos previstos por el art. 366 del CPP, (modificado por la Ley de Lucha Contra la Corrupción Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”. Así, el Código Procesal Penal en su art. 367, ha previsto como efecto que, ejecutoriada la sentencia que dispone condena de ejecución condicional, el imputado deberá cumplir necesariamente, las condiciones u obligaciones impuestas de conformidad al art. 24 del CPP, en el supuesto en que se hayan cumplido las condiciones en el tiempo fijado para el efecto, la pena quedará extinguida; al contrario sucede cuando durante el periodo de prueba el beneficiario infringe sin causa justificada, las normas de conducta fijadas, la suspensión será revocada y deberá cumplir la pena impuesta. Para considerar tanto la solicitud de suspensión condicional de la pena como su revocatoria, el juez de la causa está obligado a hacer conocer los extremos de la denuncia del condenado y señalar la audiencia respectiva para escuchar las alegaciones de las partes, y para asumir una determinación, debe emitir una resolución debidamente fundamentada y motivada. Así, la procedencia de la suspensión condicional de la pena, está condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos: i) Que no exista contra el condenado sentencia de condena por delito doloso en los últimos cinco años; y, ii) La pena impuesta no sea mayor a tres años; para dicho efecto corresponde al Juez hacer una valoración previa de los móviles o causas que hayan inducido al delito, la naturaleza y modalidad del hecho. En este sentido, el beneficio de la suspensión condicional de la pena, reivindica el derecho a la libertad del procesado y sentenciado; aspecto que se encuentra en armonía con lo establecido por el art. 73.I y 118.III de la CPE; por su parte, la jurisprudencia indicó que: “...la suspensión condicional de la pena, al igual que el perdón judicial, constituye un beneficio instituido por el legislador como una medida de política criminal con similar finalidad a la que persigue el perdón judicial, encuentra su fundamento en la necesidad de privar de los efectos negativos de las penas privativas de libertad de corta duración, por ello es un instituto de carácter sustantivo que se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos que el legislador ha previsto”

Respecto a los presupuestos de procedencia y efectos se tiene un tratamiento similar que el perdón judicial:

SCP 1099/2016 – S2 Jurisprudencia precedencial reiteradora - confirmadora

F.J.III.3 “...de la revisión de obrados en particular del análisis de la Sentencia de 5 de mayo de 2016, emitida por el Juez ahora demandado, se advierte que en efecto mediante dicha Resolución la autoridad demandada, pese a la concesión de suspensión condicional de la pena otorgada al ahora accionante, rechazó la solicitud de extensión del mandamiento de libertad solicitada por la defensa técnica del procesado hasta una vez esté ejecutoriado el fallo emitido, argumentando en lo principal vía complementación y enmienda que la suspensión condicional de la pena era un acto procesal distinto, que por norma expresa se dicta mediante sentencia; por lo que, debía notificarse y ejecutoriarse previamente, a objeto de librar el correspondiente mandamiento de libertad. En ese contexto, respecto al razonamiento vertido por la autoridad ahora demandada, en sentido que resolvió rechazar la emisión del mandamiento de libertad, hasta encontrarse ejecutoriada la Sentencia de concesión de suspensión condicional de la pena, resulta necesario precisar que conforme la jurisprudencia expuesta en el Fundamento Jurídico III.2 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, la efectivización del beneficio de suspensión condicional de la pena, dada su naturaleza jurídica, no puede estar supeditada o condicionada a la ejecutoria de la resolución que lo concedió, ya que implicaría ir contra la finalidad de dicho beneficio, cual es la necesidad de evitar los efectos negativos de las penas privativas de libertad de corta duración; por lo que, una vez otorgada la suspensión condicional de la pena su efecto inmediato, cual es dejar en suspenso la ejecución de la condena, la misma que únicamente podrá ser revocada por la autoridad que la concedió, conforme lo precisado en el art. 367 del CPP, que establece los efectos del beneficio de la suspensión condicional de la pena. En ese marco, se colige que la autoridad judicial demandada, al haber condicionado la emisión del mandamiento de libertad en favor del accionante -beneficiario de la suspensión condicional de la pena -, no obstante haber verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 366 del CPP, para la otorgación de dicho beneficio y además dispuesto la libertad del condenado bajo determinadas medidas y condiciones de cumplimiento obligatorio, hizo un análisis sesgado de la normativa, desconociendo e implicando los entendimientos jurisprudenciales descritos precedentemente, así como la SCP 0509/2016-S2 de 23 de mayo, que entre muchas otras determinó que: “...en los casos en los que exista suspensión condicional de la pena que es un beneficio instituido por el legislador como una medida de política criminal con similar finalidad que la que persigue el perdón judicial, no es constitucionalmente justificable, que el condenado favorecido con dichas medidas, deba continuar privado de su libertad, por haber desaparecido el factor utilidad procesal en el que se justificó el sacrificio del derecho a la libertad por la eficacia en la protección de los bienes jurídicos penalmente tutelables, que se realiza a través de la defensa social, que la Constitución la encomienda al Ministerio Público, motivos, que hacen plausible la necesidad y justifican que el beneficiario del perdón judicial, puede acceder a su libertad, a pesar de no estar ejecutoriada la sentencia de primera instancia, entendimiento que así expresó este Tribunal conforme se indicó en el Fundamento Jurídico III.3 de la presente Sentencia”.

Ahora bien, no obstante de este razonamiento, debe entenderse que los supuestos fácticos no siempre serán similares, de ahí que también sobre la forma de tramitación existe el siguiente criterio de interpretación uniforme:

Se tiene que la SCP 0398/2015 – S3 de 17 de abril, fue reiterada por las SSCCPP 0059/2017 – S3 de 17 de febrero y la 0088/2015 – S3 de 24 de febrero sostuvieron:

“...respecto a la corriente garantista de nuestro sistema penal, debemos referirnos a la garantía procesal penal de la igualdad de las partes -componente del debido proceso-; en ese sentido, recurrimos a la SCP 1710/2013 de 10 de octubre, que entendió lo siguiente: ‘...el derecho a la igualdad de las partes en el proceso, consagrado por el art. 119.I de la CPE, es la prerrogativa otorgada a las personas para que gocen de los mismos derechos, potestades, prerrogativas y oportunidades en la sustanciación de un proceso judicial, evitando discriminaciones injustificadas e irrazonables que no estuvieren debida y proporcionalmente establecidas mediante una ley formal y material expedida por el Órgano Legislativo Plurinacional, de tal manera que nadie puede ostentar más derechos que su contraparte procesal...’, de ello, se puede entender, que en el marco del principio de igualdad de las partes dentro el proceso penal, el sistema penal garantista debe también velar, por la garantías procesales de la víctima o querellante, manteniendo maximizados su derechos que le asisten en el proceso penal, en ese sentido el derecho a la tutela judicial efectiva, entendida por la jurisprudencia como: ‘La tutela judicial efectiva comprende la posibilidad de activar o iniciar ante los órganos jurisdiccionales un proceso, en el que obtenga una sentencia fundamentada que declare el derecho de cada una de las partes conforme corresponda en justicia, además implica la posibilidad de poder interponer los recursos que la ley establezca y la eventualidad de obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia, con el objeto de garantizar el restablecimiento de una situación jurídica vulnerada, evitando la indefensión, involucrando el acceso a los tribunales; la efectividad de las decisiones judiciales; y el ejercicio del recurso previsto en la ley’ (las negrillas nos pertenecen [SC 1388/2010-R de 21 de septiembre]), no puede ser soslayada, por lo que en resguardo del derecho a la igualdad de las partes dentro el proceso penal, tanto el derecho a la defensa como el derecho a la tutela judicial efectiva deben ser observados por la administración de justicia, como garante de la materialización del debido proceso; en este sentido, el legislador del nivel central del Estado, en las últimas modificaciones a la Ley adjetiva penal, en observancia del art. 121.II de la Constitución Política del Estado (CPE), garantizó mayor participación de la víctima en el proceso (arts. 11, 12, 76 y ss. del CPP). Es en este marco constitucional, siguiendo el entendimiento de la SCP 0398/2015-S3 de 17 de abril, que asumió que en casos donde el condenado a pena privativa de libertad, cumple con los requisitos establecidos para ser beneficiado con la suspensión condicional de la pena -art. 366 del CPP-, podrá solicitar el mismo ante el Juez o Tribunal que dictó la sentencia privativa de libertad, y en caso de ser tenida como procedente la solicitud, la decisión previamente debe adquirir ejecutoria para la emisión del correspondiente mandamiento de libertad, en razón a que ‘...el Juez hoy demandado no podía desconocer el derecho que le asiste a la parte querellante -hoy tercera interviniente- de recurrir a la Resolución que benefició a los procesados -ahora accionantes-...por lo tanto, no existe una privación de libertad indebida, sino que la misma se halla justificada en que el beneficio de suspensión condicional de la pena no adquirió la calidad de cosa juzgada, por lo cual corresponde denegar la tutela solicitada’, entendimiento que refuerza el derecho a la igualdad de las partes dentro el proceso penal, resguardando los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa como componentes del debido proceso. (...) ...no se puede soslayar el derecho de la víctima o querellante que le asiste por mandato del art. 403 inc. 9) del CPP, además, de manera expresa el art. 396 inc. 1) del cuerpo normativo precedentemente citado, manda como regla general que los recursos tendrán efecto suspensivo; en ese sentido y conforme a los fundamentos desarrollados supra, corresponde señalar que la decisión judicial que beneficia a la ahora accionante con la suspensión condicional de la pena, para su plena eficacia y la correspondiente emisión del mandamiento de libertad, debe encontrarse ejecutoriada, de lo contrario se estaría suprimiendo el derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste a la víctima o querellante, en su elemento de la efectividad de las decisiones judiciales ante una eventualidad de obtener en apelación el cumplimiento efectivo de la sentencia...” .

Conforme se lo señaló tanto para la consideración de la pretensión del beneficio como para su revocatoria debe convocarse a una audiencia, siendo coincidente el criterio asumido por el Tribunal Constitucional Plurinacional al efecto:

SCP 0123/2016 – S1

F.J.III.4. "...se tiene comprobado que las omisiones en las que incurrió la Jueza Primera de Instrucción en lo Penal, Mixta, Liquidadora y cautelar de Punata, han dejado en estado de indefensión a Juan Castro Cámara, quien se vio impedido de participar en la audiencia desarrollada el 29 de septiembre de 2014; asimismo, al no tener conocimiento de la Resolución emitida se le impidió hacer uso del recurso de apelación respectivo, siendo vulneraciones al debido proceso que han sido el origen de la privación de libertad del accionante, situación que posibilita conceder una tutela mediante una acción de libertad tal como fue explicado en el Fundamento Jurídico III.2 del presente fallo, que señala que el debido proceso solo puede ser convocado en este tipo de acciones, cuando la infracción al mismo es la causa directa de la privación de libertad, y cuando existe estado de indefensión absoluta, como acontece en el caso de autos."

Se concede la acción de libertad, por procesamiento indebido, toda vez que el accionante no asistió a la audiencia de consideración de revocatoria de la suspensión condicional de la pena, al no haber sido notificado personalmente como lo establece el art. 163 del CPP, siendo que en dicha audiencia se cambió la situación jurídica del mismo, al haberse revocado la suspensión condicional de la pena, dejándolo en absoluto estado de indefensión, al no poder presentar los medios de impugnación correspondientes (apelación), por no haber sido notificado con los actuados ni con la resolución de la audiencia llevada a cabo, motivos que dieron origen a su privación de libertad.

En cuanto a la celeridad con la que se debe tramitar el incidente se interpretó:

SCP 0676/2016 – S2 jurisprudencia precedencial reiteradora

Se concede la acción de libertad por ser evidente las dilaciones indebidas vulnerando su derecho a la libertad y al debido proceso toda vez que la autoridad demandada si bien dispuso la suspensión condicional de la pena a favor del accionante, no expidió el mandamiento de libertad del mismo bajo el argumento de que no cumplió las condiciones impuestas en la audiencia, restringiendo de esa forma innecesariamente su libertad, y sometiéndolo a un indebido procesamiento producto de la no emisión de dicho mandamiento, omisión que constituye en una dilación indebida. Asimismo el Tribunal Constitucional Plurinacional en revisión, resuelve confirmar en todo la resolución del tribunal de garantías.

Siempre atendiendo las características propias de cada causa, respecto a la Ley 004 y el beneficio de suspensión condicional de la pena se interpretó:

SCP 2243/2012 jurisprudencia precedencial reiteradora

Concede la acción de amparo constitucional, por cuanto los vocales demandados vulneraron el debido proceso y el principio de favorabilidad al revocar la resolución que concedió al accionante la suspensión condicional de la pena, bajo el argumento que en los delitos de corrupción no es posible su concesión por expresa prohibición del art. 366 del CPP, modificado por la Ley 004, Marcelo Quiroga Santa Cruz, sin considera que dicha Ley no podía ser aplicada de manera retroactiva.

Habiendo asumido la conclusión de que resulta imperioso el señalamiento de audiencia para el tratamiento de este beneficio sea para su concesión o revocatoria, empero, esta garantía no solo beneficia al procesado sino también a la víctima, en resguardo del principio de contradicción:

SCP 0291/2013 jurisprudencia precedencial reiteradora

Concede la tutela solicitada dentro de la acción de amparo analizada, debido a que la autoridad demandada no siguió el procedimiento establecido para otorgar la suspensión condicional de la pena, pues el juez cautelar concedió dicho beneficio sin previamente oír a la víctima.

5.4. Incidente de nulidad de notificación

Se entiende que las notificaciones se constituyen en actos procesales de comunicación, la finalidad de los mismos viene a ser el poner en conocimiento a las partes y demás interesados de los distintos actuados procesales que se efectúan, ahora bien, a diferencia de otras áreas del derecho donde la notificación marcará el comienzo de la relación jurídico procesal, en el ámbito penal la finalidad se encontrará vinculada a lo previsto en el art. 160 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, respecto al instituto motivo de estudio se colige que este es uno de los pocos incidentes de nulidad que se encuentran estipulados de forma expresa en la norma, si bien el art. 166 de la Ley 1970 que es el que regula la nulidad de notificación como tal, empero este estará vinculado con los arts. 160 al 165 del mismo cuerpo legal, modificados por la Ley 1173.

Artículo 160 (NOTIFICACIONES). Las notificaciones tienen por objeto hacer conocer a las partes o a terceros las resoluciones judiciales. Las notificaciones serán realizadas por la Oficina Gestora de Procesos.

Las partes en su primera intervención o comparecencia en el proceso, están obligadas a señalar su domicilio real con mención de los datos ciertos e inequívocos que posibiliten su ubicación.

Desde su primera intervención también deberá asignarse a las partes el correspondiente buzón de notificaciones de ciudadanía digital.

Cuando las partes no cumplan con el señalamiento de su domicilio real, las notificaciones se efectuarán válidamente a través del buzón de notificaciones de ciudadanía digital, hasta que señalen uno.

Cualquier cambio de domicilio, obligatoriamente, deberá ser comunicado a la Oficina Gestora de Procesos, al Ministerio Público y a la jueza, juez o tribunal, según corresponda, dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, no pudiendo alegar a su favor la falta de notificación.

Cuando las partes tengan más de un abogado, la notificación practicada a cualquiera de ellos tendrá validez respecto a todos.

Las resoluciones judiciales que se emitan en audiencia, serán notificadas a las partes presentes con el sólo pronunciamiento de la resolución sin ninguna otra formalidad. El resto de las resoluciones y órdenes judiciales serán notificadas por la Oficina Gestora de Procesos obligatoriamente dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su pronunciamiento, a través de sus buzones de notificaciones de ciudadanía digital.

Cuando no sea posible la notificación en el domicilio electrónico por causas de conectividad, las notificaciones se realizarán en el domicilio procesal señalada por las partes.

Ahora, respecto a los presupuestos que determinan la nulidad de notificación :

Artículo 166º.- (Nulidad de la notificación). La notificación será nula: 1. Si ha existido error sobre la identidad de la persona notificada o sobre el lugar de la notificación; 2. Si la resolución ha sido notificada en forma incompleta; 3. Si en la diligencia no consta la fecha y hora de su realización y, en los casos exigidos, la entrega de la copia y la advertencia correspondiente; 4. Si falta alguna de las firmas requeridas; y, 5. Si existe disconformidad entre el original y la copia o si esta última es ilegible. La notificación será válida cuando a pesar de los defectos enunciados haya cumplido su finalidad.

Como se observa, la norma consigna cinco supuestos en los cuales procede la declaratoria de nulidad de notificación, empero debe detenerse presente que al margen del art. 160 citado, existen otras normas que regulan lo atinente a los medios de notificación, el lugar de notificación, los casos en los cuales procede la notificación personal, los requisitos de la notificación y también la notificación por edictos (arts. 161 a 165 de la Ley 1970), por lo cual, la interpretación debe ser concordante con las mismas.

5.4.1. *Si ha existido error sobre la identidad de la persona notificada o sobre el lugar de la notificación;*

Se consignan dos supuestos, el primero relativo a la identidad de la persona notificada, sobre el mismo el tratadista Arturo Yañez considera “puede darse en los siguientes supuestos no limitativos: cuando la persona notificada no es a la que se dirige la resolución pertinente por tratarse de una persona completamente ajena al proceso, por ejemplo un homónimo o diferente de aquella a la que está dirigida la notificación por no corresponder se le haga conocer dicha resolución, lo que por ejemplo podría darse cuando se le otorga al recurrente el plazo previsto por el art. 399 para subsanar los defectos de su apelación, pero se notifica con ese plazo al Ministerio Público que no es recurrente⁶”.

En cuanto al lugar de la notificación se encuentra regulado por el art. 162 del Código de Procedimiento Penal.

SCP 2346/2012

Concede la acción de libertad por indefensión absoluta vinculada al derecho a la libertad física, debido a que existió error sobre la identidad de la persona notificada y el lugar de la notificación con la audiencia de medidas cautelares, pues se notificó al accionante en el penal de San Pedro y no en el lugar donde guarda detención domiciliaria.

5.4.2. *Si la resolución ha sido notificada en forma incompleta*

Implica la supresión de ciertos actuados o que las copias sean ilegibles, se entiende que con la entrada en vigencia de las oficinas gestoras estos aspectos no debieran ser recurrentes por el doble filtro por el que pasa la notificación.

⁶ YAÑEZ, A. Excepciones e incidentes, Sucre, Ediciones Gráficos Gaviota del Sur, 2016, p.302 - 303

5.4.3. *Si en la diligencia no consta la fecha y hora de su realización y, en los casos exigidos, la entrega de la copia y la advertencia correspondiente.*

En el art. 164 del Código de Procedimiento Penal se consignan los presupuestos formales a ser cumplidos, de los cuales deberá verificarse si han cumplido la finalidad, en razón de que son aspectos formales y no de fondo.

5.4.4. *Si falta alguna de las firmas requeridas*

Es decir se encuentra vinculado con lo previsto en el art. 164 del Código de Procedimiento Penal, el tratadista Arturo Yañez, sobre este presupuesto refiere “Entonces, la nulidad de la notificación resulta viable si es que faltara la firma del funcionario responsable de haberla practicado, al estar así taxativamente sancionada por la norma”.

5.4.5. *Si existe disconformidad entre el original y la copia o si esta última es ilegible. La notificación será válida cuando a pesar de los defectos enunciados haya cumplido su finalidad.*

En este supuesto se exige la coincidencia o conformidad entre el original y la copia, el requerimiento será mayor con las notificaciones a través de los medios telemáticos implementados, si bien existe la permisibilidad de la aplicación del principio de conocimiento, empero, deberá resguardarse en definitiva que se cumpla de forma idónea con la notificación.

5.5. Incidente de explicación complementación y enmienda

La normativa procesal penal, reconoce a las partes la facultad de solicitar la explicación, complementación y enmienda de las resoluciones judiciales, tanto de las Sentencias como de Autos Interlocutorios, esta petición estará vinculada a los fundamentos de fallo, debe quedar claro que esta pretensión no puede modificar el fondo de la Resolución, al ser su naturaleza altamente restrictiva.

Ahora bien, en cuanto al plazo para la presentación, este debe ser opuesto el primer día hábil luego de la notificación, por ende, al estar sujeto a un plazo, previamente debe verificarse el cumplimiento del plazo.

Artículo 125º.- (Explicación, complementación y enmienda). El juez o tribunal de oficio podrá aclarar las expresiones oscuras, suplir alguna omisión o corregir cualquier error material o de hecho, contenidos en sus actuaciones y resoluciones, siempre que ello no importe una modificación esencial de las mismas. Las partes podrán solicitar explicación, complementación y enmienda de las sentencias y autos interlocutorios dentro del primer día hábil posterior a su notificación.

5.5.1. JURISPRUDENCIA

En cuanto a la forma de resolución de este incidente en tribunales colegiados se tiene:

SCP 1269/2013 - L

“En cuanto al rechazo de la solicitud de explicación, complementación y enmienda, cabe indicar que el tribunal conformado para resolver la recusación debió responder a la petición a través de un resolución debidamente fundamentada y motivada, extremo que no concurre en el caso de Autos, por lo que, este Tribunal Constitucional Plurinacional considera que en cuanto a este punto, también existió lesión del debido proceso en su componente motivación de las resoluciones, en razón de que no es suficiente una mera providencia que fue pronunciada y firmada por un solo Vocal, hecho que no satisface mínimamente la pretensión de orden legal realizada por el ahora accionante”.

Respecto al alcance del incidente:

SCP 1040/2014

La solicitud de aclaración, enmienda y complementación no constituye un medio idóneo que permita cambiar el fondo de la decisión del Auto impugnado y menos aún dejar sin efecto la ejecutoria de una resolución provocando que esta Sala proceda a denegar la tutela reclamada porque no es permisible la activación de este medio de defensa para suplir, ni sustituir a los recursos legales existentes para reparar la lesión y revertir las actuaciones supuestamente ilegales, conforme lo establecido en el Fundamento Jurídico III.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional.

Respecto al alcance del incidente también se interpretó:

SCP 341/2013 - L

FJ. III.8. “... se evidencia que MUSEPOL, mediante memorial de 8 de octubre de 2010, solicitó explicación, complementación y enmienda del Auto de 8 de octubre de 2010; el referido Juez, desconociendo lo previsto en el art. 125 del CPP, anuló los Autos de 26 de julio y de 29 de agosto, ambos de 2008, y las providencias de 1 y 8 de septiembre de 2010, en contra de la jurisprudencia desarrollada en la SC 0447/2011-R, recogida en el Fundamento Jurídico III.7. de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, que estipuló, que el juez a título de explicación, complementación o enmienda no puede modificar la parte sustancial de la resolución pronunciada, lo que constituye que un pronunciamiento que contradiga y modifique esencialmente una resolución, es una inobservancia y clara violación del debido proceso establecida en el art. 115.II CPE.”

En cuanto a la celeridad para la resolución del incidente se interpretó:

SCP 0147/2013

Esta Sentencia en su Fundamento Jurídico dispone: "...es posible concluir como una subregla jurisprudencial aplicable a otros supuestos de hecho análogos, que ninguna solicitud de complementación y enmienda que realicen cualesquiera de las partes de un proceso penal respecto de una resolución de aplicación de medidas cautelares personales (resolución de detención preventiva o resolución de medidas sustitutivas), puede suspender su ejecución y efectivización debido a que conforme dispone el art. 125 del CPP, la resolución que las resuelva no logrará modificar la decisión del fondo asumida ni los presupuestos ya contrastados y analizados que hicieron viable o procedente la medida cautelar de detención preventiva, una vez contrastados los presupuestos previstos en el art. 233 del CPP, o en su caso, la procedencia de las medidas sustitutivas a la detención preventiva, después de verificados los presupuestos exigidos por el art. 240 del referido cuerpo normativo. a) La falta de resolución de la solicitud de complementación y enmienda respecto de la Resolución 101/2011, que confirmó en parte el fallo 288/2010, que a su vez impuso medidas sustitutivas a la detención preventiva al accionante, omisión verificada por esta sentencia constitucional, por más de un año y diez meses, no podía justificarse bajo el pretexto, no razonable en derecho, que tenía que convocarse a los ex Vocales de la Sala Penal Primera, Angel Aruquipa Chui y Blanca Isabel Alarcón Yampasi, para que estas autoridades resuelvan la complementación y enmienda, debido a que fueron las que pronunciaron la resolución principal (Resolución 101/2011), debido a que se invocó y aplicó erróneamente una norma procesal civil dentro un sistema acusatorio penal que rige en Bolivia desde la vigencia del Código de Procedimiento Penal de 25 de marzo de 1999".

5.6. Incidente de recusación

Cuando se analiza lo atinente a la recusación y también a la excusa, la finalidad de la norma es el resguardo de la imparcialidad con la que deben actuar los administradores de justicia, pero también todos aquellos que participan de alguna forma en la tramitación de los mismos, en ése entendido es que el art. 210 de la Ley 1970 regula las causales de excusa y recusación de los peritos, estableciendo como causales, las mismas que son establecidas para los jueces. Similar regulación respecto a las causales se encuentra previsto para los Secretarios en el art. 322 del adjetivo penal.

En cuanto a las causales de recusación, el art. 316 del Código de Procedimiento Penal consigna once supuestos de procedencia, y el art. 317 de la norma ya citada regula lo concerniente a la legitimación para la oposición del incidente.

Desde el punto de vista procesal se destaca que debe realizarse precisión en cuanto al procedimiento a ser considerado y también la oportunidad de su oposición, en todo caso, es la Ley 1173 la que incorpora modificaciones sustanciales respecto a la forma de su tramitación y también a la oportunidad para su interposición.

Se destaca que el art. 319 de la Ley 1970 en principio determina que la recusación podrá ser interpuesta por una sola vez, de manera fundamentada y acreditada, señalando las causales de recusación de la autoridad que conoce la causa; respecto a la oportunidad y preclusión regula que la recusación se realizara en el mismo actuado hasta un máximo de dos autoridades judiciales que podrían conocer la causa.

Ahora bien, al ser un incidente transversal el análisis del mismo también debe ser en atención a las etapas del proceso penal:

- ✚ En la etapa preparatoria, dentro de los tres días de haber asumido la o el juez, conocimiento de la causa;
- ✚ En la etapa del juicio, dentro del término establecido para los actos preparatorios de la audiencia; y,
- ✚ Los recursos, dentro del plazo para expresar o contestar agravios.

Es lógico suponer que por la variabilidad de los aspectos que circundan al proceso, pueden surgir nuevos presupuestos que podrían ser considerados como causales de recusación, por lo cual, ante la existencia alguna causal sobreviniente, la misma podrá plantearse dentro de los tres días de conocida, acompañando la prueba pertinente, indicando de manera expresa la fecha y circunstancias del conocimiento de la causal invocada, hasta antes de la clausura del debate o resolución del recurso.

La Ley 1173 prevé que las excusas y recusaciones ya no serán remitidas al siguiente juzgado en número, sino se harán a través de un sorteo informático a cargo de la Oficina Gestora de Procesos.

5.7. Incidente sobre medidas cautelares personales y reales

5.7.1. DETENCIÓN PREVENTIVA

Tanto la imposición como el cese de las medidas cautelares se constituyen en incidentes transversales en razón de que su tramitación puede ser considerada en las diversas etapas del proceso penal, ahora, su configuración y tramitación tendrá un efecto diferenciado a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 1173, empero, ya se tenía línea jurisprudencial que contenía el criterio asumido en la Ley 1173, así, se infiere que la SCP 0276/2018-S2 de 25 de junio determinó las condiciones de validez de la detención preventiva:

- ✚ Principio de Legalidad.
- ✚ Principio de Proporcionalidad.
- ✚ Principio de Razonabilidad.
- ✚ Fundamentación y Motivación de las Resoluciones.

Estos principios se encuentran inmersos en el art. 231 bis del Código de Procedimiento Penal (incorporado por la Ley 1173), en esta norma se consignan los presupuestos formales para la aplicación de una medida cautelar de carácter personal diferenciada de la detención preventiva.

Ahora bien, cuando no sea posible la aplicación de las medidas consignadas en el art. 231 bis, para la imposición de la detención preventiva debe tenerse presente que esta sólo se aplica en los supuestos expresamente previstos por la ley, debiendo imperiosamente existir una imputación formal y el pedido expreso del fiscal o de la víctima, este acto se encontrará imperiosamente precedido de la declaración del imputado asistido de su defensa técnica, también debe identificarse la existencia del hecho ilícito y la acreditación objetiva de la posible participación. Si bien estos presupuestos podrían determinar la procedencia de la detención preventiva, no obstante, también deben tenerse presente las causales de improcedencia a la detención preventiva, regulados en el art. 232 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 1173.

La clásica regla para la imposición de cualquier medida cautelar radica en la acreditación de la probabilidad de autoría y de los riesgos procesales, respecto a todos ellos ya la SCP 0276/2018-S2 había delimitado los presupuestos para su procedencia, lineamiento ratificado en las modificaciones introducidas por la Ley 1173, así, en cuanto a la probabilidad de autoría, el titular de la acción penal debe cumplir con el Art. 302 numeral 4) modificado por la Ley 1173, que dispone que la imputación formal deberá contener la calificación provisional, atendiendo que se constituye en una primera sindicación y no así en sentencia.

En cuanto a los riesgos procesales, se tiene a los peligros de fuga y de obstaculización, el peligro de fuga consignado en el art. 234 de la Ley 1970 fue modificado por la Ley 1173, en concreto se modificó lo atinente a la existencia de actividad delictiva reiterada o anterior, sobre la cual no se admite presunción, sino que debe ser debidamente acreditada.

Otra modificación es la concerniente al numeral 1) del art. 234 de la Ley 1173, regula expresamente que siempre se valorará la situación socio-económica del imputado, por lo que en ningún caso la inexistencia de derecho propietario, contrato de arrendamiento o anticresis en favor del mismo, será por sí misma entendida como falta de domicilio o residencia habitual.

En cuanto a la actividad lícita, tampoco la inexistencia de un contrato formal de trabajo debe ser entendido como la falta de negocios o trabajo, máxime cuando la propia legislación laboral reconoce la existencia de contratos verbales.

Ahora bien, en lo que respecta a los riesgos de obstaculización, los numerales 2) y 3) del art. 235 del Código de Procedimiento Penal modificado por la Ley 1173, incorporan como riesgo o peligro de obstaculización a las amenazas realizadas por el imputado también a la víctima, partícipes, testigos o peritos, es decir que se incluye una nueva circunstancia de obstaculización, como ser la amenaza, también se incluye a la víctima como sujeto sobre el cual recae la obstaculización.

En el numeral 3) se incluye como una forma de obstaculización las amenazas en jueces, fiscales y /o funcionarios y empleados del sistema de administración de justicia.

Tal cual se afirmó, la clásica regla de la necesidad de probabilidad de autoría y peligros procesales para la determinación de la detención preventiva, sufre una modificación en razón de que al no ser una fórmula matemática para su imposición, con la modificación introducida por la Ley 1173, además debe justificarse la utilidad procesal, es decir que a la luz de la nueva estructura para la aplicación de la detención preventiva, esta se encuentra condicionada a que el Ministerio Público tenga que realizar actos de investigación para justificar la imposición de esta medida, de ahí que debe cumplir un fin específico y únicamente debe ser impuesta cuando las demás medidas cautelares personales sean insuficientes para asegurar la presencia del imputado y el no entorpecimiento de la averiguación del hecho. Entonces al margen de la acreditación de la probabilidad de autoría y de los peligros procesales, además deberá realizarse un examen de proporcionalidad.

Habiendo asumido como conclusión que ninguna medida cautelar puede ser eterna y que no se constituye en una condena anticipada, en el numeral 3) del art. 233 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 1173, dispone el titular de la acción penal debe fundamentar y precisar el tiempo estimado que durará la medida, debiendo en todo caso también acreditar la proporcionalidad y razonabilidad.

5.7.2. EXCEPCIONES Y CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Las modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal a través de la Ley 1173 limitan la aplicación de la detención preventiva, en ese entendido es que existe una variación en el art. 232, toda vez que se amplían los presupuestos de improcedencia de 3 a 9 causales.

- ✚ La primera circunstancia de improcedencia consiste: “Cuando se trate de personas con enfermedad en grado terminal, debidamente certificada”.
- ✚ La segunda causal de improcedencia: “Cuando se trate de personas mayores de sesenta y cinco (65) años”.
- ✚ El numeral 5) del Art. 11 de la Ley 1173 que modifica el Art. 232 de la Ley 1970, establece como límite a la imposición de la cautela de detención preventiva, el quantum de la pena privativa de libertad prevista para los delitos comunes de acción pública, cuyo máximo legal sea inferior o igual a 4 años de privación de libertad. Excluyendo así a la mayoría de los delitos entre ellos los culposos
- ✚ Luego, en el numeral 6) del art. 11 de la Ley 1173 que modifica el Art. 232 de la Ley 1970, incluye como supuesto de improcedencia para la detención preventiva: “Los delitos de contenido patrimonial con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior o igual a seis (6) años, siempre que no afecte otro bien jurídico tutelado”.
- ✚ Otra causal de improcedencia es la siguiente: “Cuando la persona imputada sea la única que tenga bajo su guarda, custodia o cuidado a una niña o niño menor de seis (6) años o a una persona con un grado de discapacidad que le impida valerse por sí misma.”

Ahora bien, respecto a las excepciones a los casos de improcedencia de la detención preventiva, en el parágrafo III. del citado art. 232 modificado por la Ley 1173 dispone que cuando se trate de las causales de improcedencia de la detención preventiva, prevista por los numerales:

- 4) (Cuando se trate de personas mayores de sesenta y cinco (65) años);

5) (En los delitos sancionados con pena privativa de libertad, cuyo máximo legal sea inferior o igual a cuatro (4) años) y;

6) (Delitos de contenido patrimonial con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior o igual a seis (6) años, siempre que no afecte otro bien jurídico tutelado), del párrafo I no podrá beneficiarse y/o aplicarse la improcedencia de la detención preventiva, cuando se trate de delitos de lesa humanidad, terrorismo, genocidio, traición a la patria y crímenes de guerra; contra la vida, integridad corporal o libertad sexual de niñas, niños, adolescentes, mujeres y adultos mayores; y de contenido patrimonial que se ejerzan con violencia física sobre las personas de contenido patrimonial con afectación al Estado, de corrupción o vinculados.

5.7.3. **MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES**

Por otra parte, en el art. 231 bis, se incorpora dos nuevas medidas cautelares personales, a las ya establecidas anteriormente en el art. 240 del Código de Procedimiento Penal, que fue derogada por la Ley 1173. En concreto en el art. 231 bis en los numerales 3) y 7) se incorpora:

- ✚ OBLIGACIÓN DE SOMETERSE AL CUIDADO O VIGILANCIA DE UNA PERSONA O INSTITUCIÓN DETERMINADA, EN LAS CONDICIONES QUE FIJE LA JUEZA, EL JUEZ O TRIBUNAL.

Conforme a su naturaleza jurídica, el abanico de posibilidades para su imposición resulta amplio, en razón de que los supuestos fácticos resultan ser diversos, encontrando como algunos ejemplos lo relacionados a adultos mayores y personas jóvenes que se encuentran bajo dependencia de sus padres y/o custodia, también ante el supuesto de personas con problemas mentales o físicos, que conlleven el cuidado, vigilancia en centros de salud.

- ✚ VIGILANCIA DEL IMPUTADO MEDIANTE ALGÚN DISPOSITIVO ELECTRÓNICO DE VIGILANCIA, RASTREO O POSICIONAMIENTO DE SU UBICACIÓN FÍSICA, SIN COSTO PARA ÉSTE.

Esta medida se constituye en un mecanismo que posibilita tener certeza de la ubicación de la persona sometida a la medida cautelar.

Luego, en cuanto a la imposición de las medidas cautelares, se infiere que estas deben ser impuestas con la finalidad de evitar la consumación de los riesgos procesales de fuga y de obstaculización, garantizando así su carácter excepcional, acorde a los arts. 7, 221 y 222 de la Ley 1970, que condice con el art. 23 de la Constitución Política del Estado.

Teniendo certeza del carácter excepcional de las medidas cautelares, también se advierte la necesidad del reconocimiento de la temporalidad de las medidas cautelares, en razón de que su imposición desde ningún punto de vista puede ser considerado como una condena anticipada.

5.7.4. **CAUSALES DE REVOCACIÓN**

El Art. 247 del Código de Procedimiento Penal con la modificación realizada por la ley 1173 establece el régimen de las causales de revocación. La revocatoria opera a

solicitud fundamentada del fiscal o de la víctima, aunque éste no se haya constituido en querellante, cuando se acrediten sin otra formalidad que:

- “1. El imputado incumpla alguna de las obligaciones impuestas;
2. Se compruebe que el imputado realiza actos preparatorios de fuga o de obstaculización en la averiguación de la verdad; o,
3. El imputado incumpla alguna de las medidas de protección especial en casos de violencia contra niñas, niños y adolescentes.”

Con la modificación realizada de la ley 1173, la revocatoria opera también cuando se incumplan las medidas de protección especial para los casos de violencia contra niñas, niños y adolescentes.

5.8. Incidente de cesación de la detención preventiva

Con las modificaciones incorporadas al art. 239 de la Ley 1970, se consolida el principio de celeridad procesal, estipulando como causales:

- “1. Cuando nuevos elementos demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida;
2. Cuando haya vencido el plazo dispuesto respecto al cumplimiento de la detención preventiva, siempre y cuando el fiscal no haya solicitado la ampliación del plazo de la detención;
3. Cuando la duración de la detención preventiva exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga;
4. Cuando la duración de la detención preventiva exceda de doce (12) meses sin que se haya dictado acusación o de veinticuatro (24) meses sin que se hubiera dictado sentencia, excepto en delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, trata y tráfico de personas, asesinato, violación a niña, niño, adolescente e infanticidio;
5. Cuando la persona privada de libertad acredite que se encuentra con enfermedad grave o en estado terminal; o,
6. Cuando la persona privada de libertad acredite el cumplimiento de sesenta y cinco (65) años de edad, salvo en delitos contra la vida, integridad corporal o libertad sexual de niñas, niños, adolescentes, mujeres y adultos mayores, delitos de corrupción y vinculados, de lesa humanidad, terrorismo, genocidio, traición a la patria y crímenes de guerra”.

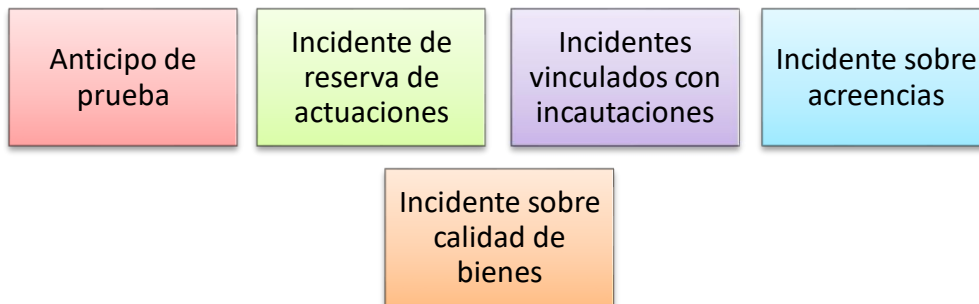
En cuanto a su procedimiento, regula que una vez planteada la solicitud, en el caso de los numerales 1), 2), 5) y 6), la jueza, el juez o tribunal deberá señalar audiencia para su resolución dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho 48 horas. Plazo en el que ineludiblemente debe de llevarse a cabo la audiencia.

Luego, respecto a los numerales 3) y 4), es la Oficina Gestora de Procesos, a través del buzón de notificaciones de ciudadanía digital, quien dentro de las veinticuatro 24 horas siguientes correrá traslado a las partes, quienes deberán responder en el plazo de cuarenta y ocho 48 horas. Con contestación o sin ella, la jueza, el juez o tribunal dictará

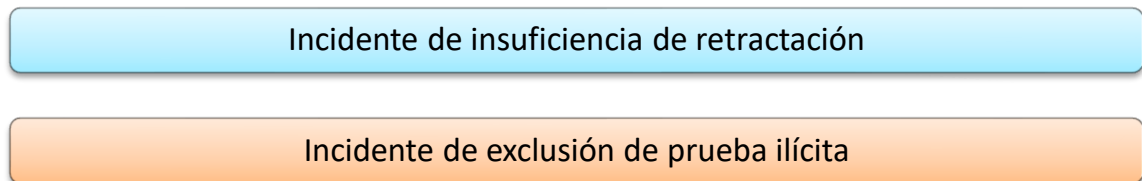
resolución sin necesidad de audiencia, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho 48 horas siguientes, declarando la procedencia, observando siempre que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado, o la improcedencia del beneficio, sin posibilidad de suspensión de plazos.

Hasta este punto se analizó lo concerniente a los denominados incidentes transversales los cuales se van a presentar en las diferentes etapas del proceso, al ser recurrentes en cuanto a su tramitación es que se realizó un análisis un poco más amplio.

6. INCIDENTES SUSCITADOS DURANTE LA ETAPA PREPARATORIA



7. INCIDENTES SUSCITADOS DURANTE LA ETAPA DE JUICIO



8. INCIDENTES SUSCITADOS DURANTE LA ETAPA DE EJECUCIÓN



Los incidentes citados de forma sucinta son los que serán tramitados con mayor frecuencia durante la fase de ejecución de sentencia, no por ello serán los únicos a ser considerados, máxime cuando la normativa posibilita la oposición de incidentes innominados, en ese entendido es que puede tramitarse el incidente de reconocimiento o convalidación de la detención domiciliaria por pena privativa de libertad.

Ahora bien, otro aspecto importante a considerar es la modificación introducida por la Ley 1173 a los artículos 138 y 174 de la Ley 2298 de Ejecución Penal, es decir lo concerniente a la redención y a la libertad condicional. Esta modificación también alcanza al art. 433 de la Ley 1970 de libertad condicional, determinando que el Juez de ejecución penal podrá conceder libertad condicional por una sola vez, al condenado a pena privativa de libertad, conforme a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, o haber cumplido la mitad más un día de la pena impuesta tratándose de mujeres que tenga a su cargo.
 - a) Niñas, niños o adolescentes,
 - b) Personas mayores de sesenta y cinco (65) años;
 - c) Personas con discapacidad grave o muy grave; o,
 - d) Personas que padezcan enfermedades en grado terminal.
2. Haber observado buena conducta en el establecimiento penitenciario de conformidad a los reglamentos; y,
3. Haber demostrado vocación para el trabajo.

En ningún caso la sanción disciplinaria pendiente de cumplimiento podrá impedir la liberación de la persona condenada si ésta ya hubiera cumplido la mitad más un día o las dos terceras partes de su condena, según corresponda.

9. INCIDENTES INNOMINADOS

9.1. INCIDENTE DE RECONOCIMIENTO O CONVALIDACIÓN DE LA DETENCIÓN DOMICILIARA POR PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Al inicio del módulo se asumió la conclusión de que los incidentes que mayor estudio requieren serán aquellos que no se encuentren expresamente regulados, ello en razón de que no se tendrán los parámetros a ser evaluados, esta situación es la que acaece precisamente con el reconocimiento de la detención domiciliaria por pena privativa de libertad.

En ese entendido es que la SCP 1664/2014 de 29 de agosto, sigue el criterio del Tribunal Constitucional del Perú, a través de la Sentencia Constitucional 6201-2007-HC/TC-LIMA de 10 de marzo, la cual manifestó: "...resulta, por tanto, razonable y constitucionalmente

válido que los días, meses o años de arresto en domicilio, a pesar de no existir previsión legal que contemple este supuesto, sean considerados por el juez a efectos de reducir la extensión de la pena, o dicho en otros términos, para abonar al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento de la condena”.

9.2. INCIDENTE DE ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA

Cuando se inició el presente módulo, se destacaba si bien el ejercicio del poder punitivo del Estado, en principio busca el resguardo de la paz social, empero, se constituirá en una finalidad la averiguación de la verdad histórica de los hechos, desde luego que esta potestad encontrará límites, en concreto lo referido al principio de legalidad, la defensa en juicio y el debido proceso, es decir que debe cumplirse condiciones de validez necesarias. De ahí que el incumplimiento de las misma tendrá una sanción, cual es la declaratoria de nulidad, máxime cuando la normativa contiene exigencias respecto a cómo es que deben desarrollarse los actos procesales, como ser el idioma, lugar, tiempo, forma de notificaciones, etc.

Algunos autores con respecto a la ineficacia de los actos procesales los vinculan a aspectos subjetivos y objetivos, así lo interpreta Paula Argnani “En líneas generales, tales demandas se vinculan con aspectos subjetivos relativos a los intervinientes (en cuanto a la voluntad de los participantes, la aptitud del órgano judicial interviniente respecto de su jurisdicción y competencia y el interés y legitimación de las partes), aspectos objetivos (relacionados con la idoneidad del acto para lograr el efecto jurídico pretendido) y con el modo mediante el cual el acto se exterioriza.

En cuanto al núcleo concreto del juicio de eficacia de los actos procesales y los motivos para privarlos de sus efectos, siguiente a Julio B. J. Maier se puede reducir al análisis a dos casos concretos: la inadmisibilidad y la nulidad. El primero de los fenómenos procesales representa el rechazo a la incorporación del acto defectuoso a la actividad regular del procedimiento; como cuando se rechaza un recurso por carecer de las formas previstas para su interposición o cuando no se acepta la proposición de un testigo prohibido. Esto es, se advierte, la invalidez de un acto para provocar los efectos propios del acto regular y por ello se impide su ingreso al proceso. La declaración de inadmisibilidad conforma una sanción previa a la incorporación del acto en el proceso e importa una declaración de invalidez para el futuro, porque cuando ella tiene lugar éste aún no ha suscitado ningún efecto procesal.

Por su parte, el segundo de los fenómenos, la nulidad, sucede cuando por desconocimiento o inadvertencia, el vicio que invalida el acto se detecta con

posterioridad a su producción y existe la necesidad de neutralizarlo o expulsarlo del procedimiento, declarando su invalidez para provocar efectos. Así la nulidad, como sanción, se muestra como un medio práctico para retomar el curso normal del proceso cuando por causa de la actividad procesal irregularmente cumplida, se ha desviado de sus fines o ha alterado algún principio fundamental para su inicio, desarrollo o finalización”⁷.

Maier citado por Argnani plantea una postura por demás relevante puesto que plantea dos supuestos en los cuales se puede tornar ineficaz un acto procesal, sea por una declaración de inadmisibilidad o bien por una pretensión expresa de los sujetos procesales, en ambos supuestos el efecto viene a ser el mismo.

En cuanto a la nulidad de los actos procesales, en la Sentencia Constitucional 1644/2004-R de 11 de octubre, se señaló lo siguiente “...la nulidad consiste en la ineficacia de los actos procesales que se han realizado con violación de los requisitos, formas o procedimientos que la ley procesal ha previsto para la validez de los mismos; a través de la nulidad se controla la regularidad de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso. Por regla general la nulidad procesal retrotrae el proceso al momento anterior al que se genera el vicio de procedimiento, es decir, la inobservancia de los requisitos, formas o procedimientos previstos por la Ley procesal, a esa regla se impone la excepción para los casos en los que al sustanciarse un incidente o trámite ajeno al asunto principal se produzca el vicio, o cuando una actuación procesal posterior no dependa del acto viciado, casos en los que el Juez puede disponer la anulación de algún acto procesal específico; empero, para ello el auto que declare la nulidad de obrados debe señalar con precisión la o las actuaciones que deben renovarse, de no especificarse se aplica la regla general de retrotraer el proceso al momento anterior al que se originó el vicio”. Es decir, la autoridad jurisdiccional debe observar y está obligada a cumplir las reglas que el legislador ha establecido para la tramitación de los procesos, asegurando el derecho al debido proceso y el principio de la seguridad jurídica.

9.2.1. CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES

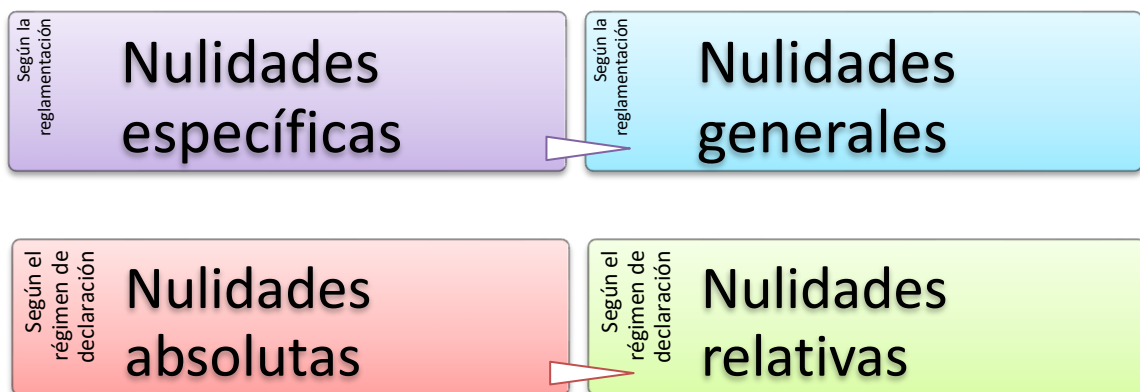
En el acápite que antecede se hizo una breve remisión de los vicios que pueden afectar los actos procesales, siguiendo la postura de Argnani se tiene a los aspectos subjetivos y objetivos, respecto de los cuales habrá que diferenciar cual es el alcance que tienen sobre los actuados procesales, pero también la regulación que se tiene sobre los mismos, toda vez que si bien se constituyen en un límite al ejercicio del poder punitivo

⁷ Ghersi, C. Tratado de Nulidades, Buenos Aires, ISBN 978-987-03-2681-6, 2014, p.302

del Estado, empero, estos no pueden constituirse en obstáculos que paralicen o dilaten el proceso.

En tal sentido “ (...) la doctrina jurídica ha dividido a las nulidades procesales penales en dos grupos o categorías según su sistema de reglamentación. El primero clasifica entre las llamadas nulidades procesales específicas en las que rige el principio de taxatividad (en tanto que el defecto del acto haya sido expresamente previsto por la norma como causal de su nulidad) y las nulidades generales prescritas por la ley en una disposición genérica aplicable a cualquier acto procesal que presente los defectos previstos (aunque estos no estén específicamente contemplados como causales de nulidad en la regulación particular del acto). Por su parte, en el segundo grupo se ubica la distinción entre nulidades absolutas y nulidades relativas, en donde la diferenciación se vincula con el régimen de su declaración y la extensión de las posibilidades de denunciar el vicio para que resulte causa suficiente para justificar una declaración de nulidad”⁸.

La clasificación asumida determina el enfoque desde el punto de vista de su regulación (nominados e innominados) pero también desde punto de vista de sus efectos.



En cuanto a esta última clasificación, los arts. 169 y 170 del Código de Procedimiento Penal reglan los supuestos de procedencia:

Artículo 169^o.- (Defectos absolutos) No serán susceptibles de convalidación los defectos concernientes a: 1. La intervención del juez y del fiscal en el procedimiento y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria; 2. La intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este Código establece; 3. Los que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y en este Código; y, 4. Los que estén expresamente sancionados con nulidad.

Artículo 170^o.- (Defectos relativos) Los defectos relativos quedarán convalidados en los siguientes casos: 1. Cuando las partes no hayan solicitado oportunamente que sean subsanados; 2. Cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; y, 3. Si no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

Sobre los defectos absolutos y su oportunidad de reclamo el Tribunal Supremo de Justicia a través de su sala penal emitió la siguiente subregla aclarativa:

Auto Supremo 287/2018 – RRC de 7 de mayo

Así, corresponde señalar que conforme a la jurisprudencia constitucional y a la doctrina legal expuesta en el Fundamento III.1 de la presente Resolución, se tiene que la nulidad de los actuados procesales, corresponderá en aquellos casos en los que se constate que éstos se hubieran realizado con violación de los requisitos, formas o procedimientos que la ley procesal estableció para su validez, ello bajo la pretensión de asegurar el ejercicio pleno del debido proceso y de regular la actuación procesal ante la inobservancia de los requisitos, formas o procedimientos. En ese orden, conforme se desarrolló en la Sentencia Constitucional 0731/2010-R, para que opere la nulidad procesal deben cumplirse algunos presupuestos necesarios ligados a principios procesales, como los de especificidad o legalidad, finalidad del acto, trascendencia y de convalidación.

Pues, tal como se desprende de la jurisprudencia glosada en el acápite anterior quien demande por vicios procesales, debe impescindiblemente demostrar que el acto procesal denunciado le cause gravamen y perjuicio personal y directo; pero, además demostrar que dicho vicio le colocó en un verdadero estado de indefensión, lo que no se llegó a demostrar en la especie; pues al contrario, el recurrente tenía a su alcance los medios y recursos legales para reclamar el extremo que ahora denuncia, mediante el incidente de defecto absoluto.

Sobre los defectos relativos y su convalidación se interpretó:

Auto Supremo 121/2017-RRC de 21 de febrero

“Toda nulidad se convalida por el consentimiento; es decir, que aún en el supuesto de concurrir en un determinado caso, los presupuestos de la nulidad, ésta no podrá ser declarada si es que el interesado consintió expresa o tácitamente el acto defectuoso; la primera, en el caso que la parte que se cree perjudicada se presenta al proceso ratificando el acto viciado; y la segunda, cuando en conocimiento del acto defectuoso, no lo impugna por los medios idóneos (incidentes, excepciones, recursos, etc.) dentro de los plazos legales”.

9.2.2. *REGULACIÓN NORMATIVA Y CONSTITUCIONAL*

Vinculado a la clasificación realizada, se infiere que imperiosamente debe realizarse una remisión a la normativa que regula la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, pues como se lo afirmó, la vulneración de estos constituirá el límite a la ejercicio del poder punitivo del Estado.

Constitución Política del Estado

Art. 25. IV “la información y prueba obtenidas con violación de correspondencia y comunicaciones en cualquiera de sus formas no producirán efecto legal”; en similar sentido, cabe mencionar al art. 114 que luego de prohibir toda forma de tortura, desaparición, confinamiento, coacción, exacción o cualquier forma de violencia física o moral, determina: “II. Las declaraciones, acciones u omisiones obtenidas o realizadas mediante el empleo de tortura, coacción, exacción o cualquier forma de violencia, son nulas de pleno derecho”.

Código de Procedimiento Penal

Artículo 167. “I. No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos realizados con inobservancia de los derechos y garantías previstas en la Constitución Política del Estado, en el bloque de constitucionalidad y en el presente Código.

Las partes sólo podrán observar el acto defectuoso cuando no lo hayan provocado o contribuido a provocar el defecto y éste los haya causado perjuicio concreto o indefensión”.

9.2.3. *PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA*

Como todo instituto procesal, su utilización se encuentra regulado por presupuestos de procedencia y también de improcedencia, en cuanto a su procedencia se tendrán que analizar las normas sustantivas, toda vez que será de la verificación de la vulneración de derechos y garantías que se podrá declarar la ineficacia del acto jurídico, no obstante para la declaratoria de improcedencia no sólo deberá considerarse la norma sustantiva presuntamente quebrantada, sino también la norma adjetiva que lo regula, máxime cuando la Ley 1173 que modifica el procedimiento penal consigna la preclusión para la interposición no solo de incidentes, sino también de excepciones.

En cuanto a los presupuestos de procedencia la Sentencia Constitucional 0731/2010-R de 26 de julio realiza una sistematización e integración de los mismos, por lo cual se la estudiará de forma segregada:

Sentencia Constitucional 0731/2010-R de 26 de julio

“...los presupuestos o antecedentes necesarios para que opere la nulidad procesal son:
a) Principio de especificidad o legalidad, referida a que el acto procesal se haya realizado en violación de prescripciones legales, sancionadas con nulidad, es decir, que no basta que la ley prescriba una determinada formalidad para que su omisión o defecto origine la nulidad del acto o procedimiento, por cuanto ella debe ser expresa, específica, porque ningún trámite o acto judicial será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la ley, en otros términos ‘No hay nulidad, sin ley específica que la establezca’ (Eduardo Couture, ‘Fundamentos de Derecho Procesal Civil’, p. 386);

b) Principio de finalidad del acto, ‘la finalidad del acto no debe interpretarse desde un punto de vista subjetivo, referido al cumplimiento del acto, sino en su aspecto objetivo, o sea, apuntando a la función del acto’ (Palacio, Lino Enrique, ‘Derecho Procesal Civil’, T. IV p. 145), dando a entender que no basta la sanción legal específica para declarar la nulidad de un acto, ya que ésta no se podrá declarar, si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a la que estaba destinada;

c) Principio de trascendencia, este presupuesto nos indica que no puede admitirse el pronunciamiento de la nulidad por la nulidad misma, o para satisfacer pruritos formales, como señala Couture (op. cit. p. 390), esto significa que quien solicita nulidad debe probar que la misma le ocasionó perjuicio cierto e irreparable, que solo puede subsanarse mediante la declaración de nulidad, es decir demostrar cuál es el agravio que le causa el acto irregularmente cumplido y si éste es cierto e irreparable; y,

d) Principio de convalidación, ‘en principio, en derecho procesal civil, toda nulidad se convalida por el consentimiento’ (Couture op. cit., p. 391), dando a conocer que aún en el supuesto de concurrir en un determinado caso los otros presupuestos de la nulidad, ésta no podrá ser declarada si es que el interesado consintió expresa o tácitamente el acto defectuoso, la primera cuando la parte que se cree perjudicada se presenta al proceso ratificando el acto viciado, y la segunda cuando en conocimiento del acto defectuoso, no lo impugna por los medios idóneos (incidentes, recursos, etc.), dentro del plazo legal (Antezana Palacios Alfredo, ‘Nulidades Procesales’).

La sentencia citada resulta clara en cuanto a la identificación de los principios que regulan a toda nulidad desde el punto de vista del derecho procesal:



En los incidentes analizados se advirtió que las modificaciones legislativas que se asumen en principio responde a dar solución a los denominados cuellos de botella que generan dilación, pero también consolidan los lineamientos jurisprudenciales asumidos tanto por los tribunales de cierre como también por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en ese entendido si bien la Ley 1173 es posterior a la línea jurisprudencial en estudio, empero la misma da preponderancia a la aplicación del principio de preclusión respecto al uso de las diversas cuestiones incidentales asumidas por los jueces, de ahí que siguiendo con la interpretación de la Sentencia Constitucional 0731/2010-R de 26 de julio:

Sentencia Constitucional 0731/2010-R de 26 de julio

En concordancia con éste último principio se tiene a la impugnación tardía de las nulidades, que siguiendo al mismo autor Couture, op. cit. p. 396, se da en cuatro supuestos:

- 1) Cuando la parte que tiene en su mano el medio de impugnación de una sentencia y no lo hace valer en el tiempo y en la forma adecuada, presta su conformidad a los vicios del procedimiento, y en ese caso su conformidad trae aparejada la aceptación;
- 2) Si tiene conocimiento de la nulidad durante el juicio y no la impugna mediante recurso, la nulidad queda convalidada;
- 3) Si vencido el plazo del recurso y pudiéndola atacar mediante un incidente, deja concluirse el juicio sin promoverlo, también consiente, y;
- 4) Pudiendo promover un juicio ordinario, hace expresa declaración de que renuncia a él, también debe reputarse que con su conformidad convalida los vicios y errores que pudieran existir en el proceso”.

En esta sentencia incluso se realiza un análisis de la fase de juicio y etapa recursiva .

Sentencia Constitucional 0731/2010-R de 26 de julio

Supuestos relacionados con el principio de preclusión, entendido como la clausura definitiva de cada una de las etapas procesales, impidiéndose el regreso a fases y momentos procesales ya extinguidos o consumados. En ese sentido, la precitada Sentencia Constitucional más adelante agregó lo siguiente: “De lo que se colige, que toda nulidad debe ser reclamada oportunamente a través de los recursos e incidentes que la ley procesal establece como medios idóneos y válidos para dejar sin efecto el acto procesal afectado de nulidad, más cuando se tuvo conocimiento del proceso y asumió defensa utilizando esos medios de defensa al interior del proceso, dicho en otros términos, un acto procesal es susceptible de nulidad sólo cuando es reclamado oportunamente o cuando el litigante no tuvo conocimiento de la existencia del proceso, hecho que le causó indefensión, afectando su derecho a la defensa, razonando en contrario, no se puede solicitar la nulidad cuando teniendo conocimiento del proceso y asumiendo defensa dentro del mismo, no interpuso incidente alguno contra el acto procesal objetado de nulidad, dejando ver a la autoridad judicial, que ese acto se encuentra plenamente consentido o convalidado, mereciendo en consecuencia su improcedencia”.

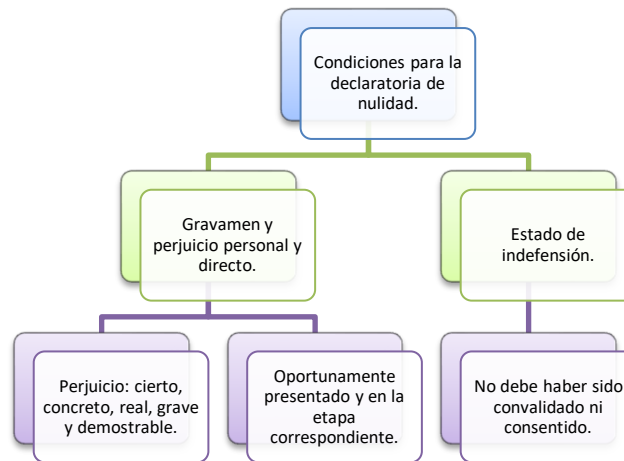
Siempre con relación al mismo tema relativo a la nulidad de los actos procesales, la Sentencia Constitucional 0242/2011-R de 16 de marzo, añadió lo que sigue: “...quien pretenda la nulidad debe tener un interés legítimo y ser el directo perjudicado con el supuesto acto viciado de nulidad, es decir, que para poder argüir la nulidad por vicios procesales el impetrante debe ser el agraviado por dicho acto.

En síntesis, el que demande por vicios procesales, para que su incidente sea considerado por la autoridad judicial, debe tomar en cuenta las siguientes condiciones:

- 1) El acto procesal denunciado de viciado le debe haber causado gravamen y perjuicio personal y directo;
- 2) El vicio procesal debe haberle colocado en un verdadero estado de indefensión;
- 3) El perjuicio debe ser cierto, concreto, real, grave y además demostrable;
- 4) El vicio procesal debió ser argüido oportunamente y en la etapa procesal correspondiente; y,
- 5) No se debe haber convalidado ni consentido con el acto impugnado de nulidad. La no concurrencia de estas condiciones, dan lugar al rechazo del pedido o incidente de nulidad.

Dichas condiciones deberán ser explicadas, además, por el incidentista en su solicitud, señalando, en forma concreta, clara y precisa, la existencia del perjuicio que le haya causado el acto impugnado; deberá mencionar y demostrar expresamente, los medios de defensa de los que se ha visto privado de oponer o las que no ha podido ejercitar con la amplitud debida, ya que la sanción de nulidad debe tener un fin práctico y no meramente teórico o académico, pues, no basta la invocación genérica a la lesión al derecho a la defensa, por ejemplo, sino que el perjuicio debe ser cierto, concreto, real y además grave, ya que las normas procesales sirven para asegurar la defensa en juicio y no para dilatar los procesos o entorpecer de resolución”.

Se consolida el principio de preclusión, el cual ya fue ratificado y ampliado en cuanto a su aplicación en la Ley 1173, por otra parte también se sienta lineamiento concreto en cuanto a la legitimación para la activación de los incidentes, toda vez que solo podrán ser opuestos por quien tenga interés legítimo y además deberá ser el directo perjudicado, y un aspecto a ser destacado es el relativo a la carga de la prueba que tiene todo incidendista.



En cuanto a los presupuestos que rigen a la nulidad – principios, se emitieron diversos autos supremos⁹, entre ellos se tiene:

Auto Supremo 207/2017 – RRC de 21 de marzo Nulidad y Trascendencia
 Como se ve, el Tribunal de apelación, no explica de manera fundamentada por qué la falta de resolución de la apelación incidental contra el Auto de 14 de mayo de 2013, impedía al Juez de Sentencia conocer el fondo del proceso; a cuyo efecto, debió partir por explicar cuál la trascendencia del motivo de la apelación incidental, determinando si el mismo afectaba al fondo del proceso, para que con base a ello determinar, si la falta de resolución de la cuestión incidental, además de ser grave, es de tal magnitud que tiene repercusiones nocivas para la constitucionalidad y legalidad en el resultado de la sentencia, como refirió Orlando Rodríguez en su obra “Casación y Revisión Penal”, a tiempo de referirse al principio de trascendencia.

^{9 9} EGÜEZ, O. Manual de Jurisprudencia Penal Ordinaria, La Paz, Producción Tribunal Supremo de Justicia, 2020, p.343 - 350

Auto Supremo 980/2018 – RRC de 7 de noviembre Nulidad y Trascendencia

Ahora bien, previo a resolver la problemática planteada debe tenerse presente que dentro del instituto jurídico de las nulidades en general en el proceso penal, persisten varios principios, entre ellos, el de trascendencia, el que deviene de la fórmula “*pas de nullité sans grief*”, que significa, “no hay nulidad sin perjuicio o agravio”; en virtud al cual, se descartan las posturas formalistas y legalistas que postulan la declaración de nulidad por la misma nulidad; por lo tanto, el motivo que viabiliza o provoca una nulidad, sin duda debe estar revestido de un evidente daño o perjuicio a la parte, en el acto realizado; lo contrario; es decir, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, incluso aquellos que no provocan resultado dañoso, sería incurrir en un excesivo formalismo o solemnidad, dando mayor prevalencia al derecho formal sobre el sustancial, por lo que la existencia de un vicio no es suficiente para declarar la nulidad del acto procesal; sino además, debe demostrarse la trascendencia del mismo; esto es, un resultado dañoso que implique un perjuicio y que eventualmente ocasione una consecuencia distinta en la resolución judicial o coloque al imputado en un estado de total indefensión.

Auto Supremo 751 /2017 – RRC de 27 de septiembre Nulidad y Convalidación

Por ser de interés al tema analizado, resulta necesario revisar el principio de convalidación, puesto que de su naturaleza jurídica se puede extraer que toda nulidad se convalida por el consentimiento; es decir, que aún en el supuesto de concurrir en un determinado caso, los presupuestos de la nulidad, ésta no podrá ser declarada si es que el interesado consintió expresa o tácitamente el acto defectuoso; la primera, en el caso que la parte que se cree perjudicada se presenta al proceso ratificando el acto viciado; y la segunda, cuando en conocimiento del acto defectuoso, no lo impugna por los medios idóneos (incidentes, excepciones, recursos, etc.) dentro de los plazos legales.

Auto Supremo 004 /2019 – RRC de 23 de enero Nulidad y Especificidad

Por otro lado, debe enfatizarse que en materia procesal, se hace necesario observar el cumplimiento de principios que estructuran el trámite penal, es así que: el principio de especificidad o legalidad, señala cuáles son las causales de nulidad; el principio de trascendencia, establece que, no hay nulidad de forma si la alteración procesal no tiene vital importancia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio,, no pudiendo hacerse valer la nulidad cuando las partes no han sufrido un gravamen con la infracción; y, el principio de convalidación, por el cual, toda nulidad no observada oportunamente se convalida por el consentimiento, permitiendo que el acto quede ejecutoriado y firme en la producción de sus efectos. Estos principios están contenidos en el art. 167 del CPP, que señala: "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, Convenciones y Tratados internacionales vigentes y en este Código (principio de especificidad o legalidad), salvo que el defecto pueda ser subsanado o convalidado (principio de convalidación), -prosiguiendo- En los casos y formas previstos por este Código, **las partes sólo podrán impugnar, con fundamento en el defecto, las decisiones judiciales u omisiones de procedimiento que les causen agravio** (principio de trascendencia)".

Esto implica que el principio de convalidación y trascendencia, se encuentra sumido a la norma descrita, deduciéndose de la misma que, el afectado, demuestre objetivamente que en la tramitación del proceso el acto o defecto alegado como nulo, pueda ser subsanado o convalidado y en su caso, haya ocasionado un perjuicio o agravio, claro está, que no sea fruto de la conducta o actuación pasiva o negligente del interesado o de quien invoca el defecto; además, en concordancia con estos principios se tiene al principio de conservación, de modo que la nulidad siempre será la excepción y la regla la eficacia del acto procesal; o sea, ante una duda razonable, debe optarse por la interpretación propensa a conservar el acto procesal y así evitar la nulidad, lo que implica en el ámbito de una denuncia de incongruencia omisiva, que la parte recurrente fundamente las razones por las cuales sostiene la existencia de un perjuicio emergente de la falta de respuesta a algún motivo alegado en los distintos medios de impugnación que la norma procesal penal le reconoce.

Esto implica, a partir de la solución jurídica dada por los Autos Supremos 176/2015-RRC de 12 de marzo, 372/2015-RRC de 15 de junio, 172/2016- RRC de 8 de marzo, 344/2016-RRC de 21 de abril y 678/2016-RRC de 12 de septiembre, entre otros, la necesidad de que se demuestre cuál la trascendencia o relevancia de las cuestiones apeladas en la resolución de fondo del proceso, debiendo la parte que se sienta afectada por un acto o resolución cumplir con la carga argumentativa en la técnica recursiva que viabilicen la posibilidad de dejar sin efecto una resolución judicial como se pretende en el caso concreto, específicamente el Auto de Vista que resolvió las apelaciones formuladas en el proceso.

9.2.4. **PROCEDIMIENTO**

Sobre la regulación normativa de los incidentes en general ya se hizo un análisis, en lo que concierne a la actividad procesal defectuosa el art. 167 del Código de Procedimiento Penal modificado por la Ley 1970 en los párrafos II y III regula: "II. Los planteamientos de actividad procesal defectuosa, deberán ser formulados por una sola vez en el plazo

de diez (10) días de haber sido notificado el acto acusado de defectuoso, caso contrario operará el principio de convalidación y preclusión. La jueza o el juez deberá resolverlo conforme al Artículo 314 de este Código, antes de la conclusión de la etapa preparatoria. III. Los incidentes sobrevinientes podrán ser presentados y resueltos en la etapa de juicio oral, de conformidad a lo previsto en los Artículos 344 y 345 de este Código.”

Consolidando así el principio de preclusión, debe quedar claro que este aspecto no constituye una restricción a los derechos de las partes, por el contrario si bien las cuestiones incidentales son consideradas como límites al ejercicio del ius puniendi, empero, estas no pueden ser utilizadas de forma indiscriminada, por lo cual se consigna un plazo de 10 días, por otra parte también genera una obligación a los Jueces encargados del control jurisdiccional en etapa preparatoria.

Respecto a la apelación de los incidentes se generaron varios criterios de interpretación que fueron evolucionando, y que en la actualidad permiten un análisis acorde a la normativa de raigambre constitucional, consolidando así el criterio uniforme respecto a la posibilidad de su impugnación, conforme a la previsión del art. 180 parágrafo II de la Constitución Política del Estado, en ese sentido lo interpretaron por ejemplo las SSCC 2452-2010-RAC de 19 de noviembre , 2486-2010-RAC de 19 de noviembre y 2778-2010-RAC de 10 de diciembre, que ratifican plenamente que la resolución que se pronuncia sobre los incidentes puede ser apelada al igual que las excepciones:

"En consecuencia, si los incidentes y excepciones tienen similar significado, por cuanto ambas son cuestiones accesorias que se interponen dentro del proceso o con motivo de él, se llega a la conclusión de que también pueden ser objeto de apelación, un entendimiento contrario sería coartar al litigante de los medios de impugnación que actualmente se encuentra reconocido como principio fundamental en el art. 180.II de la actual Constitución Política del Estado, cuando señala que: "Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales", garantía que no solo puede circunscribirse a algunos actos del juez, sino a todos sus actos, sea en materia civil, penal, familiar y otros; lo contrario significaría, dejar indefenso al litigante frente a un eventual abuso y exceso de los jueces".

Este lineamiento jurisprudencial uniforme asumido desde la gestión 2010 fue consolidado con la Ley 1173 que modifica al art. 403 del Código de Procedimiento Penal, en concreto en el numeral 2) dispone que puede ser susceptibles de impugnación vía apelación incidental la que resuelve una “excepción o incidente”, en ese mérito es que corresponde la admisibilidad de los recursos cumpliendo así con la taxabilidad objetiva.

Código de Procedimiento Penal

Artículo 403. (RESOLUCIONES APELABLES). El recurso de apelación incidental procederá contra las siguientes resoluciones:

1. La que resuelve la suspensión condicional del proceso;
2. La que resuelve una excepción o incidente; (...)