

RECEPCIÓN DE LOS DERECHOS BÁSICOS DEL IMPUTADO EN EL MODELO PROCESAL CUBANO EN EL CONTEXTO DEL DEBIDO PROCESO.

Mario Jorge González Viera

Centro Universitario Municipal «Comandante Luis Crespo Castro», Ave 9, No. 905 e/ 9ª y 9b, Jovellanos, Matanzas, Cuba. mario.gonzalez@umcc.cu

Resumen

Se realizó una aproximación teórica al Debido Proceso, los derechos y garantías en este contenido, así como su ingreso en el contexto constitucional cubano. El objetivo es realizar valoraciones encaminadas a la introducción, de *lege ferenda* en material procesal, de instituciones procedimentales necesarias para su protección; especial énfasis recibe el tratamiento de la actividad procesal defectuosa como nota negativa del Debido Proceso y su tratamiento en el binomio Constitución - proceso penal introducido por el nuevo texto constitucional; se insiste, como colofón, en la necesidad de aplicación directa de los derechos y garantías contenidos en la carta magna o en última instancia, en su implementación por medio de parches legislativos como mecanismos viables para solventar los problemas de inconstitucionalidad remanente consecuencia del dictado de la nueva norma constitucional.

Palabras claves: *Actos procesales defectuosos; Debido Proceso; derechos; derecho de defensa; garantías; igualdad procesal.*



Monografías 2020
Universidad de Matanzas© 2020
ISBN: 978-959-16-4472-5

Con la entrada en vigor de la nueva Constitución de la República (2019) y en correspondencia con los pronunciamientos de su Disposición Transitoria Décima, ha quedado expedito el camino para la elaboración y presentación a la Asamblea Nacional, por el órgano designado para ello, de las propuestas de modificación de la Ley de Procedimiento Penal, como parte del paquete legislativo que ha de servir de sustento de derecho formal a las modificaciones que en el plano constitucional han sido aprobadas.

Se analizará, alejado de toda pretensión legislativa, la necesaria introducción, o según sea el caso, modificación de instituciones procedimentales para la implementación y protección en el plano procesal de las garantías básicas contextuales al Debido Proceso que, como categoría innominada, son enunciadas en los artículos 94 y 95 del nuevo texto constitucional como expresión de los derechos humanos fundamentales.

A diferencia de otras incursiones que en el campo del derecho procesal ha realizado el autor en que, de forma más o menos solapada, se arremete críticamente contra el ordenamiento, tiene esta un enfoque netamente deontológico, mucho más cómodo y menos comprometido, al concentrarse, como objeto básico, en un bojeo a aquellas instituciones procesales que, *de lege ferenda* deberá contener el ordenamiento procesal a fin de implementar no solo la recepción de los derechos básicos del acusado en relación a las garantías del Debido Proceso contenidas en el nuevo texto constitucional, sino a la creación de mecanismos para su protección en el plano procesal.

Luego de una necesaria referencia teórica, por razones de orden práctico, se abordarán solo aquellas garantías constitucionales de nueva factura, que, en sede procesal penal, son definitorias en la implementación del Debido Proceso, como lo son el disfrute de una plena igualdad, el acceso pronto y efectivo a la defensa técnica y el derecho ciudadano a la exclusión de actuaciones probatorias defectuosas como mecanismos por excelencia en la búsqueda del equilibrio procesal.

➤ *Una aproximación terminológica al tema.*

Antes de desarrollar el tema, resulta necesaria una breve aproximación en el plano terminológico a los efectos del cabal entendimiento, primero, de la real magnitud del término Debido Proceso y luego, del compromiso que asume el legislador en la recepción de las garantías básicas del imputado, contenidas en este para garantizar su permanente presencia y funcionalidad en el modelo procesal penal cubano.

Para abordar el primero de los puntos relativo al entendimiento y la magnitud del término conviene ir desbrozándolo terminológica y semánticamente.

➤ *¿Qué se entiende por proceso?*

En un sentido literal y lógico se entiende por proceso el conjunto de actos coordinados, concatenados y necesarios para producir un fin, y que deben estar sujetos, lógicamente a determinadas exigencias básicas, es decir, un procedimiento, conducentes al fin propuesto, así, se pudiera hablar de un proceso de producción industrial cualquiera.

➤ *¿Qué se entiende por Proceso Penal?*

Se entiende por proceso penal el conjunto de actos del tribunal y de las partes encaminados a la realización del Derecho, mediante el cual se desentraña el objeto del proceso y se arriba a una conclusión consecuente con lo que se ha juzgado; actos que deben estar sujetos a un procedimiento el que se presenta como el conjunto de actos externos y de actuación, vistos en su aspecto estrictamente formal (Mendoza Díaz, 2006); como exigencias a las que, cual camisa de fuerza, habrán de ceñirse el juzgador y las partes intervinientes en el proceso penal para que este cumpla con su finalidad.

➤ *Objeto, principio de formalidad y meta del proceso penal.*

La mayor parte de los autores consultados, se refieren solo al desentrañamiento del objeto, no así al fin del proceso, fijado por (Montero Aroca, 1997), como el hecho punible o contenido fáctico del debate, según sea el estado procesal; mientras (Roxin, 2000) introduce el planteamiento, en un sentido amplio como el cuestionamiento de si el imputado ha incurrido en acciones punibles y, dado el caso, que consecuencias jurídicas le deben ser impuestas; y en una acepción técnica del objeto del proceso en que le atribuye un significado más restringido limitándolo únicamente al hecho descrito en la acusación, ya en el ámbito judicial como consecuencia del principio acusatorio.

En lo tocante al fin, se vislumbra vinculado al procedimiento en tanto está encaminado, desde la perspectiva del carácter bilateral del derecho penal en su acepción procesal, a establecer regulaciones, entiéndase límites, a la función persecutora del estado en la búsqueda de la verdad material vincula al ejercicio del *ius puniendi* estatal, como fin básico del proceso.

Esto es que, reservado solo al Estado el monopolio del *ius puniendi*, resultan de ello tres tareas que con cierta inevitabilidad son asignadas al procedimiento penal. Vinculado a su surgimiento como mecanismo de negación de la venganza privada, nace para él, como reverso de la misma moneda, la obligación de velar por la protección de los ciudadanos; por otra parte, el aumento del poder que el Estado recibe a través de la trasmisión de la violencia penal significa un gran peligro para aquel que, siendo presumiblemente inocente, ha caído en sospecha. Es por ello que, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad de abuso del poder estatal; el alcance de esos límites, ha expresado Roxin, es una cuestión de la perspectiva de la Constitución del Estado.

Aun cuando la sentencia que resuelve sobre el objeto del proceso consiga establecer la culpabilidad del acusado, el proceso que conduce al juicio solo será adecuado al ordenamiento procesal (principio de formalidad), solo cuando ninguna garantía formal del procedimiento haya sido vulnerada. En un proceso penal propio del Estado de Derecho, la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica.

La meta del proceso penal lo es, por consiguiente, la decisión sobre la punibilidad del imputado: 1) materialmente correcta; 2) de conformidad con el ordenamiento procesal; y 3) que restablezca la paz jurídica.

El fin del proceso penal tiene naturaleza compleja: la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión.

➤ *Debido Proceso. Esbozo histórico.*

El surgimiento del Debido Proceso como categoría procesal innominada está asociado a la introducción de la persecución penal pública en la evolución de los sistemas de enjuiciar como respuesta a la necesidad de instrumentar exigencias procesales encaminadas a romper con el desequilibrio que se crea con la intervención del estado, con todo el arsenal investigativo de que dispone, como parte en el proceso penal contra el individuo que delinque.

Es este un término que procede del derecho anglosajón, su primera manifestación viene de la *Magna Charta Libertatum* de Inglaterra de 1215 consagratoria del reconocimiento a la necesidad del Debido Proceso característico del pensamiento jurídico liberal por medio del cual comenzó a plasmarse como medio para poner límites al poder monárquico inglés absolutista e inspiró la conquista de los demás derechos fundamentales de los que da cuenta la historia universal entre los que se encuentra el derecho de los justiciables al juicio previo y a ser juzgado por sus iguales.

Su manifestación más cercana en nuestro contexto histórico y geográfico se aviene a su incorporación a la Constitución de los Estados Unidos de América por medio de sus Enmiendas Quinta y Décimo Cuarta en los años 1791 y 1868 respectivamente, por medio de las cuales se realizaron precisiones constitucionales en relación con el Debido Proceso según las cuales a nadie se le podía privar de su vida o su libertad sin el Debido Proceso judicial y se sancionaba lo que se dio en llamar Debido Proceso Estatal, de Ciudadanía e Igualdad de Derechos, respectivamente.

➤ *Del Debido Proceso en la búsqueda del equilibrio procesal.*

Existe falta de consenso en la conceptualización del Debido Proceso; no ha faltado quienes afirman tratarse de un principio, un principio jurídico universal, un mega principio, un

principio madre o generatriz, un derecho básico esencial, una garantía o conjunto de garantías; incluso casos en que aun cuando lo aprecia como una garantía constitucional, le es criticable definirlo vinculado básicamente al aseguramiento del derecho del imputado a ser escuchado durante en el proceso (Couture, 1978).

En lo que sí existe consenso mayoritario es aceptar, como presupuesto básico para llegar al entendimiento del Debido Proceso, aún visto como categoría innominada, la comprensión de que en todo proceso penal, como mecanismo para dar solución a un conflicto jurídico penal que subyace, entran en contradicción dos grandes intereses: de un lado el interés social, representado por el estado con todo su arsenal de investigación y persecución, vulnerado o puesto en peligro por la realización de un acto prohibido en la ley; y del otro, el interés individual, también en riesgo de quebranto al encontrarse sometido el individuo a un proceso de tal naturaleza y ante semejante contrincante.

Es ante esta delicada situación de desequilibrio que se hace necesario la búsqueda de una armonía que permita la conjugación, entiéndase preservación, de los intereses sociales y personales. El medio por excelencia para acceder a una solución justa del conflicto, lo es un proceso, con igualdad de armas para el ejercicio pleno de los derechos y garantía procesales de las partes que intervienen (Beling, 1943).

Es Roxin quien, en Europa se ha destacado en marcar significativamente la relación entre Constitución y proceso penal, señalando al proceso penal como el Sismógrafo de la Constitución del Estado, fijando con ello que el actual proceso penal no puede ser comprendido sin la fórmula binaria: Constitución y Proceso Penal.

➤ *Principio de Legalidad Procesal.*

El principio de legalidad procesal o principio de legalidad de la actuación procesal es una derivación del principio de legalidad penal *nullum crime sine lege* originario de la *Carta Magna de Juan sin Tierra*, introducido por Beling como postulado básico de la dogmática penal en el contexto del concepto material de delito ofrecido bajo el causalismo, es hoy ampliamente reconocido por la doctrina y la práctica jurídica, también como exigencia de legitimación de la actividad de las formas procesales; implica este que el proceso, para que sirva cumplidamente a sus fines de asegurar la realización de la Justicia, es preciso se acomode a determinadas normas fundamentales, que constituya una actividad netamente legal, con exclusión de todo vicio u omisión de estas que pudiera dar lugar a la simple sospecha de que la ley no se aplica correctamente. No basta con que las conclusiones establecidas en el acto cumbre del enjuiciamiento en la sentencia sean correctamente legales, sino que es preciso, además, que también sea correctamente legal el camino seguido para llegar a él (Beling, 1943).

➤ Toma de postura

Sin caer en la tentación de definiciones terminológicas, se propone separar el todo en sus partes; excluyendo, por reiterativa la definición de Proceso Penal por lo que solo se aborda el término Debido.

Debido: Como condición, expresa lo que se debe hacer, lo que es adecuado o la forma adecuada para hacer algo, es el proceder conforme a determinadas exigencias. Como adjetivo calificativo expresa características, condiciones o propiedades atribuidas al sustantivo proceso y cumple la función de especificar o resaltar sus características.

Visto así ¿qué es el Debido Proceso?

No es más que una condición, calificación o adjetivación del proceso. La adjetivación del proceso como debido; o lo que es lo mismo, justo, adecuado, o conforme a todas las exigencias, con respeto de todos los derechos y garantías del imputado.

El Debido Proceso en sí no es más que una actividad de adecuación normativa que parte de la formación del binomio Constitución - Proceso Penal donde la adjetivación del proceso como debido permite que su devenir se eleve a derecho fundamental. Dicha calificación hace del proceso, (género), una actividad ordenada en y hacia la justicia (en tanto que debido), se trata, en suma, de lo que la Constitución española de 1978 denomina un proceso con todas las garantías (Prieto Monroy, 2003)

Para calificar como debido un proceso no basta con que *trace las pautas, líneas generales o principios* a que debe someterse la actuación en el plano externo del tribunal y de las partes intervinientes en un proceso penal, sino que no le pueden faltar las proyecciones y mecanismos necesarios para evitar la vulneración por parte de las autoridades procesales de los derechos y garantías básicas del procesado, sino que debe contener los mecanismos necesarios para obtener la nulidad de los actos y actuaciones practicadas con vulneración de esas garantías; sobre este último presupuesto, aborda la valoración realizada por la Corte InterAmericana de los Derechos Humanos en la que aprecia que « [...] el Debido Proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos» (Corte Iberoamericana DH, 2006)

La expresión Debido Proceso tiene amplio, claro y profundo significado, no se trata tan solo de que el proceso esté ajustado a derecho, que sea legal, sino de que sea adecuado, apropiado, conforme con un arquetipo. Debido hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia. La denominación que más se le aproxima es la de proceso justo (Maier, J 1996).

❖ *Del derecho a la defensa, herramienta por excelencia para desarrollar un proceso como es debido.*

Es el ejercicio pleno del derecho al defensa, corporificado mediante el diseño de todo un paquete de garantías básicas muchas de las cuales han sido elevadas a la categoría de derechos fundamentales (Mendoza Díaz, 2014), lo que permite adjetivar al proceso penal como debido, siendo así, amerita detenernos en un breve esbozo doctrinal a partir del cual se pretende ir fijando su contenido y alcance.

Aborda Gimeno Sendra este derecho básico como garantía fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquel existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, [...] para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente. (Gimeno Sendra, 1996).

Nace este derecho básico, al decir de Maier con la imputación misma, habida cuenta que sin esta no hay defensa, toda vez que para defenderse resulta imprescindible que haya algo de qué defenderse (Maier, 1996).

Fija el propio autor el contenido del derecho de defensa del imputado al verlo como «[...] la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe; con cierto simplismo, esas actividades pueden sintetizarse en la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal» (Maier, 1996).

El presupuesto del derecho a la defensa, plantean otros autores, y con ello dejan fijado el momento a partir del cual deben acceder a esta, la existencia de una imputación dirigida contra una persona por la comisión de una acción u omisión con caracteres de delito, por lo que debe ser ejercido desde que se dirige el procedimiento contra ella y a todo lo largo del mismo.

Desde la perspectiva de Mendoza se entiende como el conjunto de facultades en manos del acusado para repeler la imputación, las que en su gran mayoría no son otra cosa que la exigencia de las garantías y los derechos que se derivan de los principios que rigen el enjuiciamiento penal (Mendoza Díaz, 2006).

Por su parte Arranz lo define como [...] la posibilidad que se le concede a este de oponerse a la inculpación y a los cargos que se le señalan, para ello deberá estar en igualdad de condiciones respecto al acusador en cuanto a la aportación de argumentos y pruebas a su favor (Arranz Castillero, 1991).

Los autores del patio no toman partido en relación con el alcance del derecho a la defensa, ni con la delimitación del marco temporal para su ejercicio a *contrario sensu*, muchos autores foráneos coinciden en ver el nacimiento del derecho a la defensa asociado al momento en que se dirige el proceso en contra del sujeto, en su condición de indiciado, asociado al nacimiento de la imputación.

➤ *El derecho a la defensa. Contenido y alcance*

La proyección del derecho a la defensa hacia el resto de los principios lo convierte en una institución de difícil ubicación doctrinal, pues al estudiarlo formando parte del principio de contradicción, partiendo del hecho de que su origen se coloca en la premisa de que nadie puede ser sancionado sin ser vencido, entendido este vencimiento o derrota como el proceso de enfrentamiento al arsenal de armas en manos del acusado para hacer valer sus derechos; armas que en el ordenamiento procesal adquieren la categoría de garantías del acusado.

Se habla de derecho a la defensa como el conjunto de facultades en manos del acusado para repeler la imputación, las que en su gran mayoría no son otra cosa que la exigencia de las garantías y los derechos que se derivan de los principios que rigen el enjuiciamiento penal, lo que convierte al derecho a la defensa en un tema recurrente cada vez que se analicen muchos de los principios del proceso.

Son considerados como manifestaciones básicas de este derecho, signos que a la vez le otorgan el rango de garantía: la adquisición del estatus de parte entendida como la obligación de informar al acusado desde el primer momento de los cargos de la imputación, el acceso real y efectivo a la justicia, el derecho a intervenir en el proceso desde que es dirigido en su contra, el derecho permanente a ser oído, el derecho a la defensa técnica desde una perspectiva de igualdad, a la designación de un defensor de su confianza, a interesar la exclusión los medios de pruebas obtenidos con vulneración de las garantías procesales, el derecho a impugnar, entre otros.

➤ *El Debido Proceso en el marco constitucional cubano.*

Con la adjetivación del proceso como *debido* toma cuerpo en nuestro modelo procesal la instrumentación del binomio Constitución - Proceso Penal, y con este la carga legislativa de dotar al proceso de todo un paquete de instituciones procedimentales que conduzcan, no solo a la búsqueda de la verdad en la solución de los conflictos penales y con ello a la instrumentación de la justicia, sino a la preservación del equilibrio procesal y a la protección del procesado contra posibles excesos del Estado en su acción persecutora.

La categoría del Debido Proceso, hasta ahora innominada en nuestro sistema legal, toma cuerpo en el nuevo texto constitucional como garantía de seguridad jurídica en la introducción, de todo un paquete de derechos esenciales, comunes a todos los procesos, tanto en el ámbito judicial como administrativo, que se proyectan en el contexto del proceso penal como garantía, es decir, como medios para hacer cumplir esos derechos.

Por razones de orden práctico se hace referencia en el trabajo solo al recibimiento que en nuestro ordenamiento procesal penal han de tenerlas exigencias del Debido Proceso contenidas en los incisos a), b) y c) del artículo 94 del referido texto constitucional, entendidos como:

- a) El derecho a disfrutar de la igualdad procesal enunciada como la igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte;
- b) El acceso pronto y efectivo al derecho a la defensa como garantía de seguridad jurídica, (Relacionada con el artículo 95. b) del propio texto legal)
- c) En el contexto de esta última; no solo el derecho a proponer pruebas sino a accionar para obtener la exclusión, lo que equivale a la inobservancia por parte del juzgador, al momento de dictar sentencia, de las pruebas provenientes de actuaciones procesales defectuosas por haberse practicado con infracción de los derechos y garantías constitucionales que permiten catalogar nuestro proceso como debido.

➤ *Del recibimiento del derecho a la igualdad procesal.*

A diferencia de la Constitución de 1976, en la que se reconocía a partir de su artículo 41 la igualdad ciudadana al proscribir toda discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra lesiva a la dignidad humana; el vigente texto constitucional, por medio de la letra del artículo 94 inciso a), establece el disfrute, en el contexto del Debido Proceso, de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte; es decir, de la igualdad procesal, entendida como igualdad de armas concebido como el medio por excelencia para acceder a una solución justa del conflicto y para el ejercicio pleno de los derechos y garantía procesales de las partes que intervienen.

Desde la óptica de este postulado básico relativo a la forma en que ha de quedar diseñada la contienda entre los intervinientes en el proceso en sede penal, que tiene como punto de partida el presupuesto de que ha de estructurarse sobre la base de la contradicción entre las partes procesales colocadas en condición de absoluta igualdad, resulta de dudosa constitucionalidad mantener en manos del fiscal, durante la tramitación de la etapa investigativa, tanto el control de las garantías procesales como la toma de decisiones que impliquen la vulneración de las garantías básicas del hombre reconocidas constitucionalmente.

Con independencia de la polémica que en torno a la condición de parte del Ministerio Público existe, en concordancia con la doctrina dominante en España es dable afirmar que, dada su condición de parte procesal (imparcialidad personal, desinterés subjetivo e interés objetivo) encargada del ejercicio de la acción penal pública, deberá mantenerse, por mandato constitucional, en una posición equidistante, de absoluta igualdad con la parte acusada, en el contexto del binomio contradictorio – igualdad, dominante en el proceso penal de la modernidad y asociado al imperio de los postulados del Debido Proceso que

domina el quehacer jurídico procesal en los estados de derecho y justicia social como el nuestro (Montero Aroca et al., 1997).

❖ *Del acceso pronto al derecho a la defensa como garantía de seguridad jurídica en la proyección del binomio Constitución – Proceso Penal*

➤ *Marco temporal para su ejercicio. ¿Un problema resuelto?*

Aun cuando el citado artículo 94 inciso b) del texto constitucional contempla la asistencia jurídica dentro del catálogo de derechos que conforman el Debido Proceso; en lo que se refiere al proceso penal, artículo 95 inciso b), se proyecta como una garantía básica, esto es, como un medio para hacer efectivo aquel derecho; lo que hace que, por mandato constitucional, haya quedado fijado, como marco temporal para el inicio de su ejercicio el del propio proceso, quedando en manos del legislador ordinario, como estrecho margen de decisión no más que la definición de cómo, o lo que es igual, por medio de qué actos se entiende iniciado el proceso penal.

De la comprensión del término garantía de seguridad jurídica que como fin básico otorga el texto constitucional (artículo 94) y la cualificación del proceso como medio para alcanzarla, entender que las exigencias garantísticas de disponer de asistencia letrada desde el inicio del proceso quedan satisfechas por el mero reconocimiento al imputado del derecho a designar abogado de su elección es una interpretación restrictiva que conculca el sentido de un texto constitucional en el que se apuesta decididamente por reconocer la dignidad humana como valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y las leyes, con el que conecta, también, el derecho a la defensa.

Siendo así, la asunción de una postura legislativa que, *de lege ferenda* excluya la presencia del abogado de oficio para aquellos casos de personas que por razones de insuficiencia de recursos económicos, o por estar bajo tutela judicial o penitencia no designen abogado de su elección durante la tramitación de la fase investigativa del proceso, en cuyo contexto se adoptan decisiones procesales que afectan derechos fundamentales del imputado urgidos de asistencia técnica para su preservación conduciría a la ruptura anticipada del binomio Constitución – Debido Proceso y sería, *per sé*, la negación misma de la exigencia constitucional del Debido Proceso ante el abandono de su postulado básico; en dicho contexto, decir que esta decisión debería ser tachada de dudosa constitucionalidad (López Rojas, 2019) constituye casi un inmerecido elogio.

Aun cuando innegables las múltiples dificultades infraestructurales que en el plano institucional puedan afrontarse para enfrentar el alcance de esta garantía según los términos planteados; tratándose de un derecho/garantía esencial para el adecuado funcionamiento del proceso penal propio de un Estado socialista de derecho y justicia social bajo los términos y exigencias del Debido Proceso, no deberá ser esta razón suficiente para limitar el alcance de la reforma y renunciar a la defensa de oficio desde el inicio del proceso.

Fijado aun cuando *in abstractum* en el orden constitucional, el inicio del marco temporal para el ejercicio del derecho a la defensa, queda pendiente al legislador ordinario fijar, además, el momento de su culminación, necesario a los efectos de la extensión del derecho a la defensa a la fase ejecutiva del proceso penal, tarea pendiente de nuestro modelo procesal.

Desde esta perspectiva, cualquier decisión tendente a la dilación o exclusión del acceso efectivo al derecho a la defensa que en el plano procesal se adopte, conduciría a que el Debido Proceso sea una utopía.

- ❖ Del recibimiento del derecho a obtener la exclusión de pruebas provenientes de actuaciones procesales defectuosas.

Habida cuenta la implicación que tiene un adecuado recibimiento de esta garantía en la proyección de las modificaciones del proceso penal y, sobre todo, por lo novedoso de esta institución en este medio, es necesario un mayor detenimiento en su tratamiento.

➤ *Del Debido Proceso y su antítesis, la actividad procesal defectuosa.*

La experiencia histórica de la inquisición, con sus conocidos ejemplos de pavorosas aberraciones contra la dignidad y los derechos humanos ha provocado que el Estado de Derecho renuncie a la idea de la búsqueda de la verdad a toda costa, es por ello que los instrumentos al servicio de las autoridades con el fin de esclarecer los hechos delictivos encuentra un límite en el respeto a los derechos y garantías que la constitución reconoce a todo individuo sometido a proceso penal, (Hassemer, 2009), de modo que el nuevo paradigma es la obtención formalizada de la verdad que, coincidente o no con la real o material, es la verdad forense que se obtiene por vía formal, al amparo de ciertas reglas de procedimiento (López Rojas, 2017).

Entendida, en consonancia con la sistemática procesal de estos tiempos, como actividad procesal defectuosa aquella que se realiza, apartándose de la legalidad procesal, con inobservancia de los derechos y garantías constitucionales básicas del acusado por lo que actúa como nota negativa, excluyente, del Debido Proceso.

Según Pereira, el concepto de actividad procesal defectuosa [...] trata de algo más que un cambio de terminología que viene a sustituir el significado de nulidad. Se refiere a una posición de validez o invalidez de la actividad procesal que se aparta de las regulaciones que las normas positivas establecen (Pereira Villalobos, 1998).

Sobre esta actividad procesal que se torna defectuosa por su realización, tal como ha quedado dicho, con inobservancia de las formas y condiciones establecidas en la legislación, se ha establecido doctrinalmente una diferenciación, que hoy ha sido acogida en el plano del derecho positivo por la mayor parte de los ordenamientos procesales de

nueva factura, entre actos procesales con defectos relativos y actos procesales con defectos absolutos.

- Actos Procesales con Defectos Absolutos. En doctrina, estos también se conocen como defectos plenos, porque no requieren la manifestación de inconformidad o protesta de la parte agraviada para que sean considerados como defectos. Son defectos absolutos los concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previsto por la Constitución y por los tratados ratificados por el Estado.
- Actos Procesales con Defectos Relativos. En estos existe error, desviación o variación de las formas y condiciones del proceso, de sus diligencias o incidencias, lo que implica una vulneración a los principios de legalidad o imperatividad. Para ser considerados como tales, se requiere la manifestación de inconformidad o protesta por la parte que se considere agraviada. Este tipo de actos defectuosos, pueden consistir en la actividad jurisdiccional resolutive o de actuación, o en la actividad que se da con intervención de los sujetos procesales.

De acuerdo con la teoría general de la actividad procesal defectuosa, puede ser solicitada por la parte perjudicada o podrá ser declara de oficio por el juez, según las normas que lo regulan. A continuación, se analizarán los dos supuestos de acuerdo con los cuales los sujetos procesales poseen legitimidad para argumentar el instituto de estudio.

De oficio

Los Códigos Procesales le imponen al juez el deber de regular la legalidad del proceso y la imparcialidad, con la finalidad de cumplir con el Debido Proceso y garantizar el derecho de defensa de las partes. En razón de lo anterior, le corresponde el deber de vigilancia de los actos procesales, especialmente en los casos donde pueda existir una violación a los Derechos Constitucionales o aquellos consagrados en Tratados Internacionales; por ello, tiene la función de declarar de oficio los defectos de un acto viciado, lo que podrá conllevar a su nulidad.

A petición de parte

Con respecto a los argumentos realizados por las partes, con excepción de las nulidades declaradas de oficio, existen formas para alegar las nulidades de los actos procesales defectuosos.

Un aspecto de admisibilidad que se debe indicar, es que cualquier parte del proceso puede argumentar la existencia de un acto defectuoso cuando se encuentre viciado por un defecto absoluto; lo anterior, en aplicación estricta del Derecho a la Igualdad. Sin embargo, en aquellos actos que posean un defecto relativo, tendrá legitimación la parte perjudicada.

No obstante, para interponer dichos actos es imprescindible que existan elementos como el perjuicio y el interés. El primero circunscribe y limita el planteo de la pretensión nulificante solo a las partes vinculadas en forma inmediata al buen orden del proceso, y en forma mediata, a las garantías que son su causa. Ello importa el principio de inadmisibilidad de la nulidad por la nulidad misma. En cuanto al interés, debe entenderse la actividad procesal desarrollada por alguna de las partes del proceso por conveniencia o necesidad, con el fin de obtener algún provecho concreto con la declaración de nulidad del acto que se pretende.

➤ *De los actos procesales defectuosos en el modelo procesal español.*

Se ha escogido para el análisis de derecho comparado el contexto iberoamericano por los lazos históricos y geográficos que nos unen, comenzando por la *Ley de Enjuiciamiento Criminal Española*, madre, en lo básico, de nuestro ordenamiento procesal penal la que no contiene pronunciamiento alguno en relación con los actos procesales defectuosos, ni, en consecuencia, un sistema de nulidades para solventar la indefensión en que queda el imputado ante el irrespeto por parte de los actores procesales de la exigencia constitucional, y se utilizan sus propios términos, de un proceso con todas las garantías.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, se introduce en el derecho positivo de esta nación la nulidad de los actos procesales al contener pronunciamientos, concretamente en el capítulo III del Título III del Libro III (artículos 238 al 243) denominado *De la Nulidad de los Actos Judiciales* estableciendo la nulidad plena para el caso, entre otros supuestos, cuando se prescinda de las normas esenciales del procedimiento, a la vez que establece por medio de su artículo 241 los mecanismos para accionar, ya sea por medio de un incidente de nulidad de actuaciones o solicitando por escrito de parte la nulidad de las actuaciones fundada en cualquier vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 53.2 de la Constitución española.

Según la propia Exposición de Motivos de la LO 5/1997, del 4 de diciembre, los artículos 240 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial regulan un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible. Sin embargo, un sector de la doctrina entiende que no es propiamente un incidente sobrevenido en el curso ordinario del proceso, sino que acoge el ejercicio de un auténtico derecho autónomo de anulación (total o parcial) del proceso por haber acontecido defectos de forma causantes de indefensión, o por haber incurrido la resolución en incongruencia del fallo, y no haya sido posible denunciarlos con anterioridad a la firmeza de la resolución.

Sobre la naturaleza del incidente de nulidad de actuaciones se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español en reiteradas ocasiones, entre otras en Sentencia 153/2012 de 16 de julio, afirmando que el incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales que puede y debe ser controlada por el tribunal de instancia cuando las

hipotéticas lesiones autónomas que en él se produzcan tengan especial trascendencia constitucional.

No puede considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que «no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Por este motivo, una deficiente protección de los derechos denunciados por parte del órgano judicial puede dejar al recurrente sin ningún tipo de protección en aquellos casos en los que las vulneraciones en las que supuestamente incurriera la resolución impugnada, a través del incidente de nulidad de actuaciones, carecieran de trascendencia constitucional.

Este incidente de nulidad de actuaciones permite a las partes legitimadas solicitar la nulidad de las actuaciones basadas en la lesión de cualquier derecho fundamental siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. Es competente para conocer del incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza.

Tal y como se expone, la LOPJ regula que debe interponerse el incidente en el momento que se tenga conocimiento del mismo. La controversia aparece cuando siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 30/04/2010 entre otras) es en el acto del juicio oral, mediante el planteamiento de una cuestión previa de nulidad de actuaciones por haberse producido con vulneración de derechos fundamentales cuando y donde debe pretenderse la nulidad.

Reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional: «[...]la indefensión prohibida por el art. 24.1 de la Constitución Española no nace de la simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, sino que es necesario que tenga una significación material o que produzca un efectivo y real menoscabo o limitación del derecho de defensa como consecuencia directa de la acción u omisión de los órganos judiciales[...]» Por tanto, mediante la cuestión previa se deben realizar las alegaciones pertinentes para convencer al juzgador que la indefensión que se ha producido es real, efectiva y que tiene una trascendencia directa en la defensa del acusado, no sirviendo de nada la omisión de trámites procesales que no afectan realmente a los derechos del encausado.

- *De los actos procesales defectuosos, su tratamiento en el contexto latinoamericano, breve aproximación desde el derecho comparado.*

En el contexto latinoamericano la mayor parte de los ordenamientos procesales, de más reciente factura, ya sea bajo la denominación de Nulidades Procesales, como lo hace el Código Procesal Penal de Colombia (artículo 23 cláusula de exclusión y 455 y siguientes);

el Código Procesal Penal de El Salvador (artículos 345 y siguientes); el Código Procesal Penal de Chile (artículos 159 y siguientes) y el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (artículos 174 y siguientes); o de las actividades procesales defectuosas como el Código de Procedimiento Penal de Bolivia (artículos 167 al 170) Código Procesal Penal de la República de Nicaragua (artículos 160 y siguientes) y el Código Procesal Penal de Costa Rica (artículos 175 y siguientes).

Tienen como punto de contacto los ordenamientos latinoamericanos consultados, el tratamiento a las actuaciones procesales defectuosas, utilizando aún en muchos casos la terminología de presupuestos de nulidad procesal, desde la égida de los siguientes principios:

- La imposibilidad legalmente establecida de ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones relativas al Debido Proceso previstas en la Constitución Política de los Estados,
 - El establecimiento de salvedades para el caso de que la actividad procesal defectuosa ser subsanada o convalidada, y la regulación de formalidades para ello,
 - La determinación de presupuestos de corrección, saneamiento o renovación de oficio o a petición de parte,
 - El establecimiento de una clara la diferenciación entre defecto absolutos y relativos a la vez que se deja clara la imposibilidad de convalidación de los primeros, entre otros presupuestos, en el caso en que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías del Debido Proceso y los que están expresamente sancionados con nulidad,
 - El reconocimiento como mecanismo válido para la convalidación de los defectos relativos, bien a solicitud de la parte interesada o tácitamente cuando las partes interesadas no hayan solicitado oportunamente su subsanación lo que se tiene como sumisión tácita a los efectos del acto,
- Consideraciones preliminares sobre el tratamiento a la actividad procesal defectuosa en el binomio Constitución – Proceso Penal.

En principio, la traducción práctica del principio de legalidad procesal, y el Debido Proceso establecido como garantía de seguridad jurídica en nuestra constitución, tienen, como lectura negativa, en el contexto de nuestro Estado socialista de derecho y justicia social, la carencia de eficacia, a los efectos de dictar sentencia, de aquellos actos procesales realizados con inobservancia de las formalidades y garantías básicas que el propio texto constitucional establece.

A tono con la idea de la obtención formalizada de la verdad como paradigma básico de los modelos procesales de la modernidad, nuestro nuevo texto constitucional, aun cuando no contiene un pronunciamiento específico en relación con el tratamiento a la actividad procesal defectuosa, y mucho menos, con el establecimiento de un régimen nulidades como sanción procesal para combatirla, por medio del el inciso c) de su artículo 94 se hace eco de ese postulado básico cuando refrenda, como garantía de seguridad jurídica en el contexto del Debido Proceso, el reconocimiento del derecho de toda persona a solicitar la exclusión de aquellos medios de prueba que, habiendo sido obtenidos con infracción de las garantías contenidas en el propio cuerpo legal, son reputados como violatorios del orden procesal establecido.

Refrendada constitucionalmente como garantía básica el derecho ciudadano, aplicable a cualquier tipo de proceso, pero que alcanza mayor relevancia en el proceso penal habida cuenta los intereses que en este se ponen en juego, de accionar para obtener la exclusión, como elemento a tener en cuenta para dictar sentencia, de aquellas prueba que, por haber sido obtenidas violando lo legalmente establecido, a partir de irregularidades probatorias o en el contexto de una actividad procesal no ajustada a las exigencias y garantías refrendadas en la propia constitución por lo que pueden ser reputadas como actividad procesal defectuosa.

Aun cuando, de la manera en que se encuentra formulado parece quedar supeditado el ejercicio de ese derecho solo a instancia de parte, visto esencialmente como una garantía ciudadana; es principio generalmente admitido la nulidad, de pleno derecho, de la prueba obtenida a partir de actuaciones procesales defectuosas en las que se violan las garantías del Debido Proceso.

➤ *Consideraciones finales*

Con la reciente instrumentación del binomio Constitución - Proceso Penal urge dotar nuestro modelo procesal todo un paquete de instituciones procesales que conduzcan a la preservación del equilibrio procesal y a la protección del procesado contra posibles excesos del Estado en el ejercicio de la acción punitiva.

Queda igualmente, en manos del legislador ordinario la incorporación procesal de un sistema de control y protección de las garantías, del que obviamente ha de ser excluido el fiscal en estricto respeto del principio de igualdad de armas, preferentemente ajeno al tribunal de juicio, que, en el ejercicio de su función de garante imparcial, tenga sobre sus hombros la responsabilidad de pronunciarse sobre decisiones inherentes a la vulneración de las garantías básicas del acusado, incluida la facultad de decretar, de oficio o a instancia de parte, la nulidad de aquellas actuaciones procesales defectuosas en cuya producción probatoria se haya quebrantado las garantías constitucionales del Debido Proceso.

Una última pero necesaria acotación, la supremacía constitucional consustancial al Estado de Derecho impone la obligación de todos a su cumplimiento en tanto norma suprema de

aplicación directa con vocación normativa, (artículo 7), siendo ello así, y no avizorándose como algo inminente el momento en que se cuente con una ley de desarrollo lista para su puesta en vigor; ello obliga a pensar en la urgente necesidad de implementación, ya sea en el plano de la aplicación directa del texto constitucional o por medio de parches legislativos, de las garantías del Debido Proceso como mecanismo para solventar los problemas de inconstitucionalidad remanente consecuencia del dictado de la nueva norma constitucional.

Referencias bibliográficas

ARRANZ CASTILLERO, V. J. Las garantías jurídicas fundamentales de la justicia penal en Cuba. *Revista Cubana de Derecho*, No. 4, octubre-diciembre, 1991.

BELING, E. *Derecho Procesal Penal*. 1ra edición. Barcelona: Editorial Labor, 1943.

COUTURE, E. J. *Vocabulario Jurídico*, 1ra edición. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1978.

Constitución de la República. Cuba. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019. [Fecha de Consulta: 17 de mayo de 2019]. Disponible en <http://www.gacetaoficial.gob.cu/>.

GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. 2da edición. Madrid: Editorial Colex, 1996.

HASSEMER, W. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. La medida de la Constitución, México: Editorial Ubijus, 2009.

LÓPEZ ROJAS, D. G. ¿La verdad a toda costa? A propósito de la eficacia probatoria de los registros de llamadas expedidas por la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba. En: *Reflexiones desde la Toga. Justicia Penal en Cuba*. La Habana: Ediciones ONBC 2017.

MAIER, J. B. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2da edición. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 1996.

MENDOZA DIAZ, J. *Notas para una reforma del Derecho a la Defensa en el proceso penal cubano*. En: *El Derecho Penal de los Inicios del Siglo XXI*. Primera Edición. La Habana: Ediciones ONBC, 2014.

MENDOZA DIAZ, J. *Principios del Proceso Penal*. En: *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Primera Parte. Colectivo de Autores. La Habana: Editorial Félix Varela., 2006.

MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal*. 2da edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997.

MONTERO AROCA, J.; GIMENO SENDRA, J. V. y MORENO CATENA, V. El Principio de Imparcialidad y el Ministerio Público. *Publicaciones Especializadas*. Anuario de Derecho Penal. [Fecha de Consulta: 19 de mayo de 2019]. Disponible en <http://www.unifr.ch/sdp>.

PEREIRA VILLALOBOS, M. *Actividad procesal defectuosa*. En: *Programa para la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal*. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. 1998.

PRIETO MONROY, C. A. El Proceso y el Debido Proceso. *Vniversitas*, [en línea] No. 106 de 2003, pp. 811-823 Pontificia Universidad Javeriana Bogotá. [Fecha de Consulta: 17 de mayo de 2019]. Disponible en <http://www.redalyc.org/>.

ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*. 2da edición. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.