

LOS INCIDENTES MEREcen APELACIÓN

Orlando Parada Vaca*

Por el Art. 394 CPP, las resoluciones judiciales en materia penal serán recurribles –únicamente– en los casos expresamente establecidos por el Código Procesal Penal. Esta norma, junto al Art. 403 CPP, fue interpretada restrictivamente por jueces y magistrados del país: las resoluciones que resuelvan los incidentes por actividad procesal defectuosa no tienen reconocido el recurso de apelación.

De manera tibia, a partir de la SC 493-2010 –RAC de 05 de julio, el Tribunal Constitucional comenzó a equiparar los incidentes a las excepciones:

*“Cabe señalar que el trámite que corresponde a las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes, como en el caso analizado, que deben ser debatidas o requieren de la producción de prueba, **necesariamente se tramitarán por la vía incidental**, sin interrumpir la investigación, y **se presentaran por escrito fundamentado en la etapa preparatoria y oralmente en el juicio, ofreciendo prueba y acompañando la documentación correspondiente**, para que el juez o tribunal corra en traslado a las otras partes a efecto de que dentro de los tres días siguientes a su notificación, sean contestadas y se ofrezca la prueba pertinente, conforme prevé expresamente el **art. 314 del CPP**”. (Negritas y subrayado es nuestro)*

Esta tibia tendencia inicial, fue abiertamente asumida a partir de la SC 636-2010 –RAC de 19 de julio interpretando que los incidentes deben merecer el mismo tratamiento que las excepciones por lo que, apegados al Art. 403 -2 CPP, deben merecer recurso de apelación atendiendo, al derecho de impugnación que proclama y consagra el Art. 180 –II CPE:

*“El derecho a recurrir se halla establecido en el **art. 394 del CPP**, adicionando las **dos limitaciones** que lo caracteriza, una objetiva y otra subjetiva. **Por la primera, no todas las resoluciones son recurribles, sino aquellas «en los casos***

*** Orlando Parada Vaca**

Director de la Fundación Iuris Tantum y de la Revista Boliviana de Derecho. Lic. en Derecho de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Especialidad y Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la U.A.G.R.M. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia.

expresamente establecidos...». Por la segunda el «El derecho a recurrir corresponderá a quien le sea expresamente permitido por Ley, incluida la víctima aunque no se hubiera constituido en querellante». No obstante lo anotado, en relación a la primera cabe precisar que el **art. 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, más conocida como «Pacto de San José de Costa Rica»**, lo incluye como un derecho fundamental, que ahora es recogido por la Constitución Política del Estado vigente en su **art. 180.II** que señala: **«Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales»**, de donde se deduce que la limitación objetiva a su vez no es absoluta.

De otro lado el Capítulo IV del Título I del Libro Primero de la Segunda Parte del Código de Procedimiento Penal, tiene como nomen juris **«Excepciones e incidentes»**, cuyo procedimiento se rige por el **art. 314 y ss. del CPP**, precisando: **«Las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes...»**, por ello dentro un sentido amplio de interpretación de las normas analizadas, encontramos en el **art. 403 inc. 2) del mismo cuerpo legal, el derecho a impugnar resoluciones que resuelvan incidentes al incluirse su trámite dentro de las excepciones e incidentes, dado que sujetarnos a la enunciación que hace dicho precepto, correspondería a una interpretación restrictiva en desmedro de una norma internacional y de la propia Constitución**. Este razonamiento implica un cambio de la línea asumida al respecto por las **SSCC 0731/2005-R, 0265/2006-R, 0537/2006-R y 0721/2007-R, entre otras**).

Sin embargo, como todos los derechos, el de recurrir está sujeto a las normas generales que lo rigen, entre ellos la **oportunidad o el plazo, el contenido o expresión de agravios y la forma en que deban formularse**. En cuanto a la **apelación incidental** se la debe presentar y tramitar en sujeción a las previsiones de los **arts. 404 a 406 del CPP, deduciéndose la imposibilidad de plantearla directamente dentro del juicio oral**, cuyo objeto la averiguación de los hechos, no permite su sustanciación durante la celebración del mismo, **correspondiendo en su caso hacer reserva de apelación restringida**, conforme tiene anotada la jurisprudencia constitucional, entre otras la **SC 0522/2005-R**, que al respecto precisa: **«Consecuentemente, la corrección de la actividad procesal defectuosa dentro de los procesos penales puede hacérsela por la vía incidental ante el juez cautelar en la etapa preparatoria o ante el Juez o Tribunal de Sentencia en el juicio oral, y, en su caso, a través del recurso de apelación restringida»**. (Negrillas y subrayado es nuestro)

Esta posición interpretativa fue plenamente ratificada por la SC 869-2010 –RAC de 10 de agosto; pero es la SC 873-2010 –RAC de 10 de agosto la que amplía los fundamentos de esta nueva visión recursiva de los incidentes por actividad procesal defectuosa que, por la importancia reproducimos la totalidad del fundamento:



“En lo referente a la apelación de los incidentes en materia penal, se debe tener presente, que si bien, no se encuentra previsto en el **art. 403 del CPP**, y por tal razón los jueces y tribunales, han rechazado los diferentes medios de impugnación que se fueron interponiendo contra éstos en atención al **art. 394 del CPP, a excepción del incidente de actividad procesal defectuosa, el mismo que en etapa de juicio oral debe hacerse reserva de apelación hasta una eventual apelación de la sentencia** conforme previene el **art. 407 del mismo Código**, resguardando el principio de oralidad, inmediación, celeridad y otros que rigen en materia penal; sin embargo, no es menos cierto que este mismo Tribunal ha señalado que **las excepciones se encuentran dentro de la definición de incidentes**, así la SC 0866/2006-R de 4 de septiembre, en la que se señaló que: “En el juicio oral y público, de acuerdo al art. 314 antes referido, las excepciones deben ser propuestas en forma oral y tratadas y resueltas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo en sentencia, conforme lo dispone el **art. 345 del CPP**. Esta norma, en el segundo párrafo, se refiere a las (cuestiones incidentales), entre las que se encuentran la excepciones; toda vez que **si se entiende por incidente** a la “cuestión accesoria que se plantea dentro del proceso o con motivo de él” (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Osorio), las excepciones se encuentran comprendidas dentro de la definición genérica aludida; con mayor razón si se considera que el **art. 314 del CPP** expresamente señala que **las excepciones serán tratadas en la vía incidental**, de ahí que conforme al **art. 345 del CPP para la discusión de las excepciones se concederá la palabra a las partes tan sólo una vez, por el tiempo que establezca el juez o el presidente del tribunal**”.

De lo que se concluye, que **los incidentes son el género y las excepciones la especie**, por cuanto esta última, a parte de ser un medio de defensa que utiliza el demandado para enervar o dilatar la acción promovida en su contra, también es considerada como una cuestión accesoria porque surge dentro del proceso, con la diferencia de que las excepciones se encuentran expresamente enumeradas en el Código de Procedimiento Penal (**art. 308 del CPP**), en cambio los **incidentes** como tal no se encuentran enumerados en el referido Código, pero sí en algunos de sus articulados y pueden ser planteados sea en la etapa preparatoria o en juicio -así los incidentes de actividad procesal defectuosa (art. 169 CPP)-, reforzando este entendimiento, ha de considerarse -dice Morales Guillén- “que el Código en este caso, se refiere a aquellos incidentes de que no se ha ocupado particular o especialmente en otros puntos y determina una reglamentación general ordinaria, con arreglo a la cual han de admitirse, substanciarse y resolverse todas las cuestiones incidentales de que no sea ocupado particularmente en otra parte” (José Decker Morales, “Código de Procedimiento Civil, comentarios y concordancias”).

Ahora bien, **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 que **también pueden ser objeto de apelación**, observando el mismo trámite que se da para las excepciones en etapa de juicio oral, 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 Constitución Política del Estado vigente (CPE)**, 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 hombre frente a un eventual abuso y exceso de los jueces, como concluyó el procesalista Eduardo J. Couture en su libro “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, cuando señaló que: “no puede quedar al arbitrio del juez que dictó la sentencia, el otorgamiento o la negación del recurso. Si el andamio de la apelación quedara subordinado a la voluntad del juez apelado, lo probable es que el instituto quedara desnaturalizado. Por un lado el amor propio excesivo, conduciría a la conclusión de considerar justa la sentencia y no someterse a la autoridad de un mayor juez. Por otro en un plano moral superior, existe la posibilidad de que el juez, sin amor propio excesivo, pero con sincero convencimiento, crea que es beneficioso para la causa de la justicia no suspender los efectos de su fallo y niegue el recurso por sincera convicción de hacer el bien... En su nombre primitivo, la apelación es la “querrela contra la iniquidad de la sentencia”. Su privación supone dejar al hombre indefenso frente a los desórdenes de la autoridad”.

Sobre el tema, este Tribunal a través de la **SC 0636/2010-R de 19 de julio**, señaló que: “El derecho a recurrir se halla establecido en el art. 394 del CPP, adicionando las dos limitaciones que lo caracteriza, una objetiva y otra subjetiva. Por la primera, no todas las resoluciones son recurribles, sino aquellas “en los casos expresamente establecidos...”. Por la segunda el “El derecho a recurrir corresponderá a quien le sea expresamente permitido por Ley, incluida la víctima aunque no se hubiera constituido en querrelante”. No obstante lo anotado, en relación a la primera cabe precisar que el art. 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, más conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, lo incluye como un derecho fundamental, que ahora es recogido por la Constitución Política del Estado vigente en su art. 180.II que señala: “Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales”, de donde se deduce que la limitación objetiva a su vez no es absoluta. De otro lado el Capítulo IV del Título I del Libro Primero de la Segunda Parte del Código de Procedimiento Penal, tiene como nomen juris “Excepciones e incidentes”, cuyo procedimiento se rige por el art. 314 y ss. del CPP, precisando: “Las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes...”, por ello dentro un sentido

amplio de interpretación de las normas analizadas, encontramos en el art. 403 inc. 2) del mismo cuerpo legal, el derecho a impugnar resoluciones que resuelvan incidentes al incluirse su trámite dentro de las excepciones e incidentes, dado que sujetarnos a la enunciación que hace dicho precepto, correspondería a una interpretación restrictiva en desmedro de una norma internacional y de la propia Constitución. Este razonamiento implica un cambio de la línea asumida al respecto por las SSCC 0731/2005-R, 0265/2006-R, 0537/2006-R y 0721/2007-R, entre otras”.

Luego añadió que: “...como todos los derechos, el de recurrir está sujeto a las normas generales que lo rigen, entre ellos la oportunidad o el plazo, el contenido o expresión de agravios y la forma en que deban formularse...”.

Con relación a **los medios de impugnación a utilizarse en el juicio oral, deben ser los mismos que se utilizan para las excepciones**, por las razones ya expuestas, y cuyo entendimiento fue expuesto en la SC 0421/2007-R de 22 de mayo, cuando señala que: “De donde resulta, que la resolución de las excepciones en la audiencia de juicio oral o en sentencia es una facultad potestativa del tribunal; en ese sentido, si el Tribunal opta por la primera alternativa, deberá definir la situación declarando probada o rechazando la excepción. En el primer caso, es decir, cuando se declara probada la excepción, las partes pueden hacer uso de la apelación incidental señalada en el **art. 403 inc. 2) del CPP**, con los efectos previstos en el **art. 396 inc. 1) del mismo Código**; pues, en este caso, a consecuencia de la resolución, se interrumpe el juicio oral y público. Así, tratándose de la **excepción de prejudicialidad**, por disposición del **art. 309 del CPP** el juicio se suspende; en las excepciones de incompetencia y litispendencia, se dispone la **remisión de antecedentes al juez o autoridad llamada por ley (arts. 310 y 313 del CPP)**; en la **excepción de falta de acción se archivan las actuaciones** (art. 312 del CPP), y en las excepciones de extinción de la acción penal y cosa juzgada, se declara la extinción de la acción penal, disponiéndose el archivo de obrados (art. 313 del CPP).

En el segundo caso, es decir, **cuando se rechaza la excepción planteada**, y se causa agravio, las partes deberán reservarse el derecho de plantear la apelación o recurrir de la decisión adoptada, junto con la sentencia, a través de la apelación restringida, debido a las siguientes razones de orden procesal:

... Consecuentemente, al momento de resolver en la audiencia de juicio las excepciones o incidentes, será suficiente que las mismas, sean resueltas en forma oral, debido a que, conforme lo determina el **art. 371 del CPP** en el acta del juicio oral quedan registradas, entre otros aspectos, las solicitudes y decisiones producidas en el curso del juicio, las objeciones de las partes y sus protestas de recurrir; lo que abre la posibilidad de que estos aspectos sean

impugnados a través del recurso de apelación restringida, como lo establece expresamente el art. 407 del CPP.

De lo anotado se concluye que **en el juicio oral no es posible interponer el recurso de apelación incidental** para impugnar las resoluciones que rechacen excepciones, sino que las partes podrán reservarse el derecho de recurrir una vez pronunciada la sentencia cuando exista agravio” (las negrillas son nuestras).

Entendimiento que se encuentra acorde con el **art. 345 del CPP**, cuando determina que: “Todas las cuestiones incidentales serán tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo en sentencia.

En la discusión de las cuestiones incidentales, se les concederá la palabra a las partes tan solo una vez, por el tiempo que establezca el juez o el presidente del tribunal”, procedimiento que va en concordancia con el **art. 329 del CPP**, por cuanto el juicio oral es la fase esencial del proceso y se realiza en forma contradictoria, oral, pública y continua, esta última característica esencial del juicio oral, que implica, de acuerdo al **art. 334 del CPP**, que: “Iniciado el juicio se realizará sin interrupción todos los días hábiles hasta que se dicte sentencia y sólo podrá suspenderse en los casos previstos en este Código”, en este caso cuando se den las causales establecidas en el art. 335 del CPP.

Consecuentemente, los incidentes también pueden ser objeto de apelación, cuyo trámite y medios de impugnación admitidos se equiparan a las excepciones, por ser ambas, cuestiones accesorias que surgen al interior del proceso o con motivo de él; de tal manera que:

Cuando una excepción o incidente en juicio oral, sea:

1) Declarada probada e interrumpe el juicio oral y público, las partes pueden hacer uso de la apelación incidental señalada en el art. 403 inc. 2) del CPP, con los efectos previstos en el art. 396 inc. 1) del mismo Código; y

2) **Cuando sea declarada improbada** y por ende, no interrumpe el juicio oral y público, también es objeto de apelación, con la única diferencia de que el litigante debe limitarse a hacer constar su reserva de recurrir para, -en caso de que la sentencia le cause agravios-, ante una eventual interposición de recurso de apelación restringida”. (Negrillas y subrayado es nuestro)

Reiterando los fundamentos de la SC 636-2010 –RAC de 19 de julio, el Tribunal Constitucional cimienta sus argumentos en el sentido de equiparar los incidentes a las excepciones, en las SSCC 1008-2010 –RAC de 23 de agosto, 1878-2010 –RAC de 25 de octubre y 2094-2010 –RAC de 11 de noviembre:

“En lo referente a la apelación de los incidentes en materia penal, se debe tener presente, que si bien estos, no se encuentran previstos en el art. 403 del CPP, y por tal razón los jueces y tribunales, han venido rechazando los diferentes medios de impugnación que se fueron interponiendo contra éstos en atención al **art. 394 del CPP, a excepción del incidente de actividad procesal defectuosa**, el mismo que si en etapa de juicio oral es declarado improcedente, debe hacerse reserva de apelación hasta una eventual apelación de la sentencia conforme previene el **art. 407 del mismo Código**, resguardando el principio de oralidad, inmediación, celeridad y otros que rige en materia penal; sin embargo, no es menos cierto que entre ambas terminologías existe una similitud por cuanto **los incidentes son el género y las excepciones la especie**, cuestiones accesorias que surgen al interior del proceso o con motivo de él, con la diferencia de que las excepciones se encuentran expresamente enumeradas en el Código de Procedimiento Penal (art. 308 CPP), en cambio los incidentes como tal si bien no se encuentran enumerados; sin embargo, están **inmersas en alguno de sus articulados**.

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”. (Negrillas y subrayado es nuestro)

En la SC 2350-2010 –RAC de 19 de noviembre, el Tribunal Constitucional reitera la posición asumida a partir de la SC 636-2010 –RAC de 19 de julio y amplía algunos de sus fundamentos:

“El Tribunal Constitucional, **sentó jurisprudencia sobre la inadmisibilidad del recurso de apelación incidental contra las resoluciones que resolvían incidentes**, señalando “que solamente podía recurrirse en materia penal, de las resoluciones que están expresamente señaladas en la ley, así el art. 403 del CPP, establece las resoluciones que pueden ser objeto de apelación incidental, entre las que no se encuentra la que resuelve incidentes”; sin embargo, considerando que dicha interpretación asumida era restrictiva en desmedro de una norma internacional y de la propia Constitución, y al ser universal el derecho a recurrir, se cambió la línea jurisprudencial a partir de la SC 0636/2010-R de 19 de julio, superando

el criterio anteriormente establecido, determinando que son susceptibles del recurso de apelación incidental, las resoluciones pronunciadas en los incidentes, al señalar que:

“El derecho a recurrir se halla establecido en el art. 394 del CPP, adicionando las dos limitaciones que lo caracteriza, una objetiva y otra subjetiva. Por la primera, no todas las resoluciones son recurribles, sino aquellas «en los casos expresamente establecidos...». Por la segunda el «El derecho a recurrir corresponderá a quien le sea expresamente permitido por Ley, incluida la víctima aunque no se hubiera constituido en querellante». No obstante lo anotado, en relación a la primera cabe precisar que el art. 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, más conocida como «Pacto de San José de Costa Rica», lo incluye como un derecho fundamental, que ahora es recogido por la Constitución Política del Estado vigente en su **art. 180.II** que señala: «Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales», de donde se deduce que **la limitación objetiva a su vez no es absoluta.**

De otro lado el Capítulo IV del Título I del Libro Primero de la Segunda Parte del Código de Procedimiento Penal, tiene como nomen juris **«Excepciones e incidentes»**, cuyo procedimiento se rige por el art. 314 y ss. del CPP, precisando: «Las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes...», por ello dentro un sentido amplio de interpretación de las normas analizadas, encontramos en el art. 403 inc. 2) del mismo cuerpo legal, el **derecho a impugnar resoluciones que resuelvan incidentes al incluirse su trámite dentro de las excepciones e incidentes,** dado que sujetarnos a la enunciación que hace dicho precepto, correspondería a una interpretación restrictiva en desmedro de una norma internacional y de la propia Constitución. Este razonamiento implica un cambio de la línea asumida al respecto por las SSCC 0731/2005-R, 0265/2006-R, 0537/2006-R y 0721/2007-R, entre otras).

Sin embargo, **como todos los derechos, el de recurrir está sujeto a las normas generales que lo rigen, entre ellos la oportunidad o el plazo, el contenido o expresión de agravios y la forma en que deban formularse.** En cuanto a la apelación incidental se la debe presentar y tramitar en sujeción a las previsiones de los arts. 404 a 406 del CPP, deduciéndose la imposibilidad de plantearla directamente dentro del juicio oral, cuyo objeto la averiguación de los hechos, no permite su sustanciación durante la celebración del mismo, correspondiendo en su caso hacer reserva de apelación restringida, conforme tiene anotada la jurisprudencia constitucional, entre otras la SC 0522/2005-R, que al respecto precisa: «Consecuentemente, la corrección de la actividad procesal defectuosa dentro de los procesos penales puede hacérsela por la vía incidental ante el juez cautelar en la etapa preparatoria o ante el Juez o Tribunal de Sentencia en

el juicio oral, y, en su caso, a través del recurso de apelación restringida». Línea jurisprudencial aplicable a los casos en que se apela contra una resolución que resuelve incidentes". (Negritas y subrayado es nuestro)

En el mismo sentido y apelando al Art. 180 –II CPE, las SSCC 2452-2010-RAC de 19 de noviembre , 2486-2010-RAC de 19 de noviembre y 2778-2010-RAC de 10 de diciembre , 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". (Negritas y subrayado es nuestro)*