

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMEINARIOS



TESIS DE GRADO

**“LA NECESIDAD DE CONSIDERAR LA GRAVEDAD DEL
HECHO EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN EL CODIGO
DE PROCEDIMIENTO PENAL”**

POSTULANTE : Martha Beatriz Rosales Jurado

TUTOR : Dr. José Ma. Rivera Ibáñez

LA PAZ - BOLIVIA
2008

Dedicatoria

*A mi queridísimo padre Lucio Rosales, quien es para mí, fuente de saber, cariño y comprensión...
A mi esposo Javier y con especial cariño a mis adorados hijos Jharel y Dennis...*



Agradecimiento

*Al Dr. José Ma. Rivera Ibáñez, por el
asesoramiento y desprendimiento constantes,
que me brindó en la elaboración de este trabajo.*

Agradecimiento Especial

*Al Dr. Arturo Vargas, por su guía, apoyo
y colaboración constantes.*

RESUMEN ABSTRACT

*La sociedad actualmente requiere de un sistema de administración de justicia que responda a nuestra realidad y necesidades; hecho que no se ha podido lograr con la implementación del Nuevo Código de Procedimiento Penal, ni con la ley que lo reforma, en cuanto a las Medidas Cautelares de Carácter Personal en la etapa preparatoria del proceso se refiere, las cuales no estarían cumpliendo su función, que es asegurar la presencia del imputado a momento del juicio; a esto también se suma, la interpretación arbitraria que realizan los jueces de la norma y al criterio subjetivo con que proceden; lo que genera, desconfianza e inseguridad jurídica; por lo que la sociedad frente a la impunidad, pide penas más duras, lo que muestra la insatisfacción por la ineficiencia en la persecución penal. Los linchamientos, reflejan esa exigencia social de justicia, demuestran que el sistema no funciona porque los culpables no son condenados y, por tanto es necesario hacer justicia por mano propia. Porque con la aplicación precisamente de éstas nuevas disposiciones, el imputado, se ha visto sumamente beneficiado, con la libertad, incluso dándosele la posibilidad de fuga; dejando de lado la igualdad procesal de las partes y colocando en desventaja a la víctima; lo que considero, se atribuye más bien al hecho de que se consideren solamente como requisitos para conceder o negar la libertad al imputado en las Medidas Cautelares de Carácter Personal: el Peligro de Fuga (art.234.-) y el Peligro de Obstaculización (art. 235.-) en el Código de Procedimiento Penal; lo que amerita la necesidad de su modificación o complementación con una disposición que considere la **“gravedad del hecho”**, lo que otorgaría al juez un respaldo jurídico objetivo a tiempo de imponer una medida cautelar de carácter personal, con la que realmente se garantice la comparecencia futura del imputado, a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, para proteger el desarrollo de la investigación, a las víctimas y para asegurar los resultados del proceso y con esto la posterior reparación del daño causado a la víctima.*

ÍNDICE GENERAL

Págs.

Portada	
Dedicatoria	
Agradecimientos	
Agradecimientos Especiales	
Resumen“Abstract”	
Índice General.....	6
DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	15
1.Enunciado del título del tema.....	16
2. Identificación del problema.....	16
3. Problematización.....	17
4. Delimitación de la investigación.....	19
4.1 Temática.....	19
4.2 Espacial o Geográfica.....	19
4.3 Temporal.....	20
5. Fundamentación e importancia de la investigación.....	21
6. Objetivos a los que se ha arribado en la investigación.....	23
6.1 Objetivos generales.....	23
6.2 Objetivos específicos.....	23
7. Marco teórico que sustenta la investigación.....	24
8. Hipótesis del trabajo de la investigación.....	25

9. Variables de la investigación.....	25
9.1 Variable Independiente.....	25
9.2 Variable Dependiente.....	26
10. Métodos que fueron utilizados en la investigación.....	26
11. Técnicas que fueron utilizadas en la investigación.....	27
DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA.....	29
Introducción.....	30
Desarrollo de los Capítulos.....	35

CAPITULO I
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN BOLIVIA
PRIMERA PARTE

1. ANTECEDENTES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	
1.1 Anteproyecto del Código Penal de 1962.....	38
1.2 Código Penal de 1973, Decreto Ley No. 10426 de fecha 23 de agosto de 1972.....	40
1.3 Código Penal, Ley No. 1768 de 10 de marzo de 1997.....	40
1.4 Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal de 1962-1964.....	42
1.5 Código de Procedimiento Penal de 1972, Decreto Ley No. 10426 de 23 de agosto de 1972.....	45
1.6 Anteproyecto del Nuevo Código de Procedimiento Penal.....	46
1.7 Ley de Fianza Juratoria contra la Retardación de Justicia Penal, Ley No. 1685 de 2 de febrero de 1996.....	48

1.8 Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica.....	50
1.8.1 Prisión Preventiva y el Principio de Inocencia.....	50
a. Prisión Preventiva.....	50
b. Principio de Inocencia.....	50
1.8.2 Requisitos materiales para el dictado de la Prisión Preventiva.....	51
1.8.3 Medidas de Coerción.....	52
1.9 Código de Procedimiento Penal, promulgado por Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999.....	53
1.10 Reforma actual del Código de Procedimiento Penal, Ley No. 2494 de 4 de agosto de 2003, Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (Gov. Sánchez de Lozada).....	53

SEGUNDA PARTE
CATEGORÍAS GENERALES

1.1 Qué son las Medidas Cautelares.....	55
1.2 Clases de Medidas Cautelares.....	56
1.2.1 Medidas Cautelares de Carácter Personal	56
a. El Arresto.....	56
b. La Aprehensión	57
c. La Incomunicación.....	57
d. La Detención Preventiva.....	58
e. Medidas Sustitutivas a la Detención Preventiva.....	58
1.2.2 Medidas Cautelares de Carácter Real.....	59

CAPITULO II

2. ANÁLISIS DE LA FALTA DE CONSIDERACION DE LA “GRAVEDAD DEL HECHO” EN LA APLICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN NUESTRA LEGISLACION.

2.1 El Anteproyecto del Código Penal Decreto Supremo No. 06038 de 23 de marzo de 1962-1964.....	62
2.2 Código Penal de 1973 Decreto Supremo 10772 de 16 de marzo de 1973, puesto en vigencia el 6 de agosto de 1973.....	65
2.3 Código Penal, Ley 1768 de 10 de marzo de 1997.....	65
2.4 Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal de 1962-1964.....	66
2.5 Código de Procedimiento Penal de 1972, Decreto Ley No. 10426 de 6 de Agosto de 1973.....	77
2.6 Ley de Fianza Juratoria Contra la Retardación de Justicia Penal, Ley No. 1685 de 2 de Febrero de 1996.....	79
2.7 Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica.....	85
2.8 Código de Procedimiento Penal actual, Ley No. 1970 de 25 de Marzo de 1999.....	88
2.8.1 Igualdad.....	88
2.8.2 Presunción de Inocencia.....	90
2.8.3 Características de las Medidas Cautelares.....	92
a) Excepcionalidad.....	93
b) “ Proporcionalidad ”.....	94
c) Instrumentalidad.....	96
d) Revisabilidad.....	97
e) Temporalidad.....	97
f) Jurisdiccionalidad.....	97
2.8.4 Clases de Medidas Cautelares.....	98
a) Medidas Cautelares de Carácter Personal.....	98
I. La Presentación espontánea y la Citación.....	98
II. El Arresto.....	99

III.La Aprehensión.....	100
IV.La Incomunicación.....	102
V. La Detención Preventiva.....	103
b) Medidas Cautelares de Carácter Real.....	108
2.9 Modificación e incorporación al régimen de Medidas Cautelares, reforma mediante Ley No. 2494 de 4 de Agosto de 2003, “Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana”.....	109
2.10 Legislación Comparada.....	112
2.10.1 Alemania.....	113
2.10.2 España.....	119
2.10.3 Chile.....	125
2.10.4 Bolivia.....	133
2.11 Análisis de Casos.....	134

CAPITULO III

3. LA NECESIDAD DE CONSIDERAR LA GRAVEDAD DEL HECHO EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL, PARA UNA PROTECCIÓN JURÍDICA EFICAZ DE LA SOCIEDAD.

3.1 La Importancia de una mejor apreciación de las “Circunstancias”, para la Medición y Aplicación de las Penas.....	143
3.1.1 La “Gravedad del hecho” y la proporcionalidad de la Medida Cautelar impuesta.....	144
3.1.2 La Naturaleza de la acción y las circunstancias agravantes.....	147
3.1.3 Los Medios empleados y la Extensión del daño causado.....	148
3.1.4 Considerar el “Peligro corrido” para la imposición de la medida cautelar de carácter personal y la	

graduación de la pena.....	150
3.1.5 Consideración del Concurso Ideal, Concurso Real y Pluralidad de delitos.....	152
3.1.5.1 Concurso Ideal.....	152
3.1.5.2 Concurso Real.....	152
3.1.5.3 Pluralidad de delitos.....	153
3.2 La Libertad Provisional del Imputado.....	155
3.2.1 La Libertad de la persona.....	156
3.2.2 Aspectos positivos sobre la “concesión de libertad provisional” del Imputado.....	160
3.2.2.1 Estado de Inocencia.....	160
3.2.2.2 La Libertad del Imputado.....	160
3.2.2.3 Reinserción Social.....	161
3.2.2.4 Entorno Familiar.....	162
3.2.2.5 Indemnización o Reparación del daño.....	162
3.2.3 Aspectos negativos sobre la “concesión de libertad provisional” del Imputado.....	162
3.2.3.1 Ausencia del Imputado en el proceso.....	162
3.2.3.2 Dificultad en la Reparación o Indemnización del daño a la Víctima.....	163
3.2.3.3 Desventajas con la “Detención Preventiva” del Imputado.....	163
3.2.3.4 Ventajas con la “Detención Preventiva” del Imputado.....	164
3.2.4 Riesgo de Fuga del Imputado con Libertad Provisional.....	165
3.2.5 Riesgo de Obstaculización en el proceso, con la Libertad Provisional del Imputado.....	167
3.2.6 Peligro de Reincidencia criminal del Imputado con Libertad Provisional.....	167
3.2.7 Las Medidas Sustitutivas a la Detención Preventiva, en el Código de Procedimiento Penal, si el hecho reviste	

“gravedad” pueden favorecer a la fuga del imputado.....	169
3.2.7.1 La Detención Domiciliaria y el riesgo de fuga del imputado.....	171
a) Desventajas de la detención domiciliaria.....	172
b) Ventajas con la detención domiciliaria.....	172
3.2.7.2 Obligación de presentarse periódicamente.....	174
3.2.7.3 Las prohibiciones del imputado no se cumplen estrictamente.....	175
a) De salir del país, de la localidad en la que reside o del ámbito territorial fijado por el Juez.....	175
b) Arraigo del Imputado por Autoridades competentes.....	176
3.2.7.4 La prohibición del imputado de concurrir a determinados lugares, no es de cumplimiento estricto.....	177
3.2.7.5 La Prohibición del imputado de comunicarse con personas determinadas, no se cumple a cabalidad.....	177
3.2.7.6 Fianza Juratoria del imputado, no es beneficiosa en delitos graves.....	178
a) Fianza Personal.....	179
b) Fianza Económica.....	180
3.3 La Víctima.....	182
3.3.1 Daño a la Víctima.....	183
3.3.2 Daño Moral y Psicológico.....	185
3.3.3 Daño Material.....	186
a) Daño Emergente.....	186
b) Lucro Cesante por la pérdida de los ingresos de la víctima.....	187
3.4 La reparación del daño a la Víctima.....	190
3.5 Sugerencia para una mejor apreciación de la “Gravedad del Hecho”, en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal.....	191

Conclusiones.....	195
Recomendaciones.....	199
Bibliografía.....	I
Anexos.....	VI
- Anexo A - Entrevistas.....	VII
- Anexo B - Encuestas.....	XXVI
- Anexo C - Estadísticas.....	XXXV
- Anexo D - Sentencias Constitucionales.....	XXXVIII

HOJA BLANCA DE RESPETO

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1. Enunciado del Tema de la Tesis

“La necesidad de considerar la Gravedad del Hecho en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal”

2. Identificación de Problema

Hasta el momento no se han encontrado medios jurídicos eficaces, para garantizar la seguridad de la ciudadanía en cuanto a la etapa preparatoria del proceso; mas aún desde la promulgación del Código de Procedimiento Penal en fecha 30 de mayo de 2001, en la administración de justicia se ha tenido que enfrentar verdaderos problemas de tipo social y por lo tanto jurídicos en atención a que en el citado Código, así como tampoco en la Ley No.2494 de 4 de agosto de 2003, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana que en su Título II hace referencia a la modificación a las Medidas Cautelares: no se ha previsto para la concesión o negativa de libertad la **gravedad del hecho**, quedando de esa manera demostrado que son insuficientes los requisitos establecidos en las previsiones de las citadas leyes, es decir las que hacen referencia al Peligro de Fuga, Peligro de Obstaculización y Peligro de Reincidencia; no obstante la reacción de la misma sociedad que ha perdido totalmente la confianza en el Código de Procedimiento Penal, ya sea por la interpretación que realizan los jueces de la norma y al criterio subjetivo con que proceden; hecho que se evidencia con frecuencia, a través de los medios de comunicación, los cuales señalan que ante todo en las zonas marginales los imputados son aprehendidos en flagrancia, donde en muchos de los casos se ha querido aplicar una “justicia comunitaria” o más propiamente un linchamiento, surge la intervención de la policía que protegiendo la vida de los imputados los pone a disposición del fiscal y éste a su vez a disposición del juez, el cual en aplicación del Código de

Procedimiento Penal de acuerdo a las disposiciones señaladas los pone inmediatamente en libertad, sin tomar en cuenta absolutamente para nada la **gravedad del hecho** y las consecuencias del medio empleado; lo que provoca que el imputado resulte sumamente beneficiado con la libertad e incluso dándosele la posibilidad de fuga; esto no implica tener que ir contra la corriente del Sistema Acusatorio, cuyo objetivo principal es la Libertad; sino que genera un descontento social donde la mayor perjudicada es la víctima, a quien no se le repara el daño causado; porque también puede ocurrir que el imputado asista a todos los actos del proceso aún en delitos de mayor gravedad y el hecho de concederles la libertad en forma irrestricta implica precisamente, por lo expuesto precedentemente, que existe falta de seguridad, porque cualquier momento se puede llegar a obstaculizar la averiguación de la verdad y continúa latente el peligro de fuga, porque en ambos casos el imputado conoce o es asesorado de que se le impondrá un pena más severa entonces ante tal opción asegura su libertad evitando su participación en el proceso; como que ya se han dado numerosos casos.

3. Problematización

- ¿Cuál será la importancia de la aplicación de las disposiciones señaladas en el Código de Procedimiento Penal, concernientes a las Medidas Cautelares de Carácter Personal; y a su vez, éstas, darán una plena garantía a los ciudadanos en el debido proceso, al no considerarse en su aplicación la **gravedad del hecho**?
- ¿Serán favorables los resultados obtenidos hasta el presente con las disposiciones existentes al respecto, en aplicación de la justicia, para la sociedad y ante todo para la víctima, o al contrario le son perjudiciales, en qué medida; existirá desaliento en las víctimas ante la actual preceptiva?

- ¿Será necesaria una revisión de las disposiciones pertinentes en el capítulo que hace referencia a las Medidas Cautelares de Carácter Personal, ante la problemática presentada en la aplicación del Código de Procedimiento Penal, de manera que estas disposiciones aseguren la presencia del imputado -que ha cometido un crimen grave, para el cual la sentencia también será elevada- en el proceso, ya que ante la mayor gravedad del hecho, mayor posibilidad de fuga?
- ¿De ser necesaria esta revisión deberá tomarse en cuenta la **gravedad del hecho**, a tiempo de conceder o negar la libertad al imputado, para el aseguramiento del debido proceso?
- ¿Podrá asegurarse la presencia del imputado al momento del juicio, evitando su obstaculización y la averiguación de la verdad, su realización y la consecución de su sentencia, sin tomar en cuenta la **gravedad del hecho**, en la aplicación de las medidas cautelares personales?
- ¿Cuántos imputados se habrán fugado después de haber obtenido su libertad bajo fianza juratoria con la estricta aplicación de las Medidas Cautelares y que perjuicios habrán ocasionado al Estado, a la sociedad y ante todo a la víctima; por el hecho de no haberse dado la detención porque el Código de Procedimiento Penal no posibilita tomar en cuenta la **gravedad del hecho**?
- ¿De qué manera la sociedad requerirá un cambio adecuado para una protección más eficaz; que perspectivas existirán al seguir aplicando los

preceptos mencionados en las Medidas Cautelares: el Peligro de Fuga, Peligro de Obstaculización, Peligro de Reincidencia; sin considerarse la **gravedad del hecho**?

- ¿Tendrá la víctima la igualdad jurídica que proclama el art. 6 de la Constitución Política del Estado, y el art. 12 Igualdad, del Código de Procedimiento Penal o sólo se beneficiará al imputado, porque es favorecido con la libertad sin tomar en cuenta la gravedad del delito?

4. Delimitación de la investigación

4.1. Delimitación Temática.- Voy a delimitar el tema de investigación circunscribiéndolo en el área Jurídico-social, exclusivamente en el Derecho Procesal Penal, por ser la norma adjetiva en el encauzamiento Penal, sin embargo me valdré del Derecho Penal, y también para determinar la **gravedad del hecho** en los tipos más graves determinados por el mismo Código Penal, así como de algunos aspectos sociológicos, de datos y de estadísticas.

4.2. Delimitación Espacial o Geográfica.- Circunscribiré el tema en el departamento de La Paz, porque el hecho de encontrarse en éste la Sede de Gobierno, la Corte Superior de Justicia además de importantes instituciones gubernamentales; genera que se sustancien innumerables conflictos de importante trascendencia para la sociedad, que está a la espera de que el Estado garantice la seguridad jurídica de la ciudadanía en general, puesto que en el ordenamiento jurídico nacional, es de vital importancia la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal; debiendo consecuentemente modificarse dicho régimen con disposiciones adaptadas a la realidad en que vivimos, tal y como señalo como fundamento de este trabajo, de modo que

privilegien a la seguridad ciudadana, para que retome la confianza en su sistema jurídico.

No obstante y además, haré referencia cuando sea necesario a otras ciudades en aspectos de importancia, con relación al motivo planteado en este trabajo.

4.3. Delimitación Temporal.- Las condiciones materiales de vida de nuestra sociedad, que desde hace años atrás atraviesa, por el hecho de encontrarse subdesarrollada en varios aspectos, con relación a otras; en la cual los problemas educativos, económicos, sociales y porque no decirlo políticos; han generado que se ocasionen infracciones a la norma sustantiva penal; hecho que amerita la reforma de varias normas, reglamentos, leyes y por sobre todo de políticas criminales y de rehabilitación, para los individuos que han infringido los preceptos legales; pero de manera acorde con los nuevos tiempos y realidades que atravesamos.

Es de este modo que desde la vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal, de fecha 30 de mayo de 2001, así como de la Ley No. 2494 de fecha 4 de agosto de 2003, Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana que hace referencia a la modificación de las Medidas Cautelares Personales; la sociedad en general ha perdido confianza en la aplicación del mismo, debido a su aplicación irrestricta; sin considerarse; como sugiero en el presente trabajo; para su aplicación un elemento de suma importancia como es el de la **gravedad del hecho**, que aun en otros países donde también se aplica el sistema procesal acusatorio, se considera para fundamentar su solicitud para su aplicación; de ahí que el hecho de aplicar medidas sustitutivas a la detención preventiva, no garantiza seguridad jurídica a la ciudadanía en general; debiendo consecuentemente modificarse dicho régimen con la incorporación de una

disposición que considere la **gravedad del hecho** a tiempo de conceder o negar la libertad a los imputados; debiendo por lo tanto dichas medidas ser administradas con suma cautela, para no lesionar el autentico contenido de la libertad individual, así como también para el resguardo de los mismos ante el peligro de fuga y también, como resguardo ante el peligro de reiteración de hechos delictivos.

Para los cuales la sociedad reclama la detención o libertad de los supuestos autores de delitos que estremecen a la colectividad, por lo que cada vez se hace más sentida la necesidad de hacer uso debido de las medidas antes mencionadas, al momento de aplicarlas en el proceso penal que tiene como fin, la eficacia de la persecución penal y garantía de los derechos esenciales de la víctima así como del imputado en la resolución del conflicto penal, tal como señala nuestra misma Constitución Política del Estado, para de esta forma garantizar su comparecencia futura a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, para proteger el desarrollo de la investigación, para proteger a las víctimas y para asegurar los resultados del proceso.

5. Fundamentación e Importancia de la Investigación

Nuestro país lleva adelante reformas judiciales, con la finalidad de garantizar la vigencia de un pleno Estado de Derecho que consagre seguridad jurídica; es de este modo que, desde la promulgación del Nuevo Código de Procedimiento Penal, así como en la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, Ley No. 2494 que modifica las Medidas Cautelares, con relación al Peligro de fuga y al Peligro de obstaculización, no se ha previsto la **gravedad del hecho** para la concesión o negativa de libertad.

Esta aplicación irrestricta de las medidas cautelares en el proceso penal, acaba favoreciendo al imputado; ya que como la **gravedad del hecho** no se encuentra

entre los requisitos de interposición de una medida cautelar personal; y la experiencia nos ha demostrado, que un imputado que ha cometido un crimen grave, por el cual la sentencia será también elevada, según el delito cometido; tiene muchas más probabilidades de huir, es más, hará lo imposible por hacerlo, para no estar en juicio, para evadir la acción de la justicia, que permanecer esperando su sentencia; lo que genera desconfianza e inseguridad jurídica, incluso llegando erróneamente a creer, opinar y valorar de que los Jueces no cumplen su función, siendo que la ley no determina claramente este tipo de situaciones.

Asimismo se determina que la aplicación de medidas cautelares personales, debe responder a un fin procesal, que es asegurar la presencia del imputado al momento del juicio, que no se impida ni obstaculice su realización; evitando así su fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad; considerando también que la libertad del imputado no sea un peligro para el ofendido o para la seguridad de la sociedad, para la cual es un malestar permanente, toda vez que aquellos que han hecho del delito un modo de vivir saben como evadir la acción de la justicia por cualquier medio.

Por lo que surge la necesidad de aplicar un nuevo régimen cautelar cuanto antes, en el que considero importante se tome en cuenta la **gravedad del hecho**; así como también debe analizarse el contexto de la persona, la conducta predelictual del imputado, si su libertad es peligrosa para la sociedad y la víctima; al momento de decidir la aplicación de una medida cautelar de carácter personal.

6. Objetivos a los que se ha arribado en la investigación

6.1.Objetivos Generales.- El objetivo general es sugerir la introducción en el Código de Procedimiento Penal, en el capítulo que hace referencia a las Medidas Cautelares de Carácter Personal, una disposición que considere además

del Peligro de Fuga y Peligro de Obstaculización, el de la **gravedad del hecho** a tiempo de conceder o negar la libertad.

6.2. Objetivos Específicos

- Revisar las disposiciones pertinentes a las Medidas Cautelares Arts. 234 Peligro de fuga y 235 Peligro de obstaculización, del Código de Procedimiento Penal, así como tales disposiciones en la Ley No. 2494 de 4 de Agosto de 2003 Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana que hace Modificaciones e Incorporaciones al Régimen de Medidas Cautelares.
- Identificar los factores que inciden para la modificación al régimen de medidas cautelares de carácter personal del Código de Procedimiento Penal.
- Establecer el grado de aceptación por parte de la ciudadanía sobre la aplicación de las medidas cautelares personales.
- Valorar si esas disposiciones han dado un eficaz resultado en la sociedad, es decir si aseguran la presencia del imputado en el proceso y si otorgan la seguridad jurídica necesaria a la víctima.
- Analizar las ventajas que presentarían las modificaciones al régimen cautelar personal y el campo de aplicación de esas disposiciones.
- Determinar los aspectos a modificarse con la finalidad de brindar mayor seguridad jurídica en la aplicación de medidas cautelares personales.

7. Marco Teórico que sustenta la investigación

Es necesario que haya que referirme al sumo de libertades que otorgan al imputado el Código de Procedimiento Penal, así como los Tratados y Convenios Internacionales, en el Sistema Jurídico llamado **Acusatorio**, cuyos principios descansan en la filosofía misma del Derecho Procesal Penal, que se ha traducido en una ley jurídica específica y que en la actualidad ha provocado bastante polémica, más propiamente, la institución conocida como Medidas Cautelares de Carácter Personal, en el Código de Procedimiento Penal, mismas que a tiempo de conceder o negar la libertad al imputado no contemplan la **gravedad del hecho**, considerando sólo el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, lo que ocasiona que el imputado que comete un delito grave, conociendo la pena que le espera, asegura su libertad, evitando así su presencia en el proceso, lo que genera perjuicio e insatisfacción en la víctima, la sociedad y el Estado.

Con lo que se demuestra la ineficacia de las disposiciones legales mencionadas anteriormente, por lo que se ve la necesidad de reformar las mismas sugiriendo la inserción de una disposición en las Medidas Cautelares de Carácter Personal que considere la **gravedad del hecho**, para asegurar de manera efectiva la presencia del imputado en el proceso y la averiguación de la verdad.

Por otra parte, si bien el Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, es difícil seguir una sola corriente, la posición asumida en esta investigación se encuadra en las exposiciones de varios autores, así refiero principalmente a: Jorge Alberto Silva Silva¹, México; José Flores Moncayo², Clemente Espinoza Carballo³, William Herrera Añez⁴ y Cecilia Pomareda de Rosenauer⁵.

¹"Derecho Procesal Penal", Editorial Harla, México, 1995.

²"Derecho Procesal Penal", Editorial Gramma Impresión, La Paz -Bolivia, 1985.

³"Código de Procedimiento Penal", Editorial Alexander, Cochabamba - Bolivia, 2005.

⁴"Derecho Procesal Penal Bolivia", Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra – Bolivia, 2003.

⁵"Código de Procedimiento Penal", "Talleres Gráficos Creativa", Bolivia, 2003.

8. Hipótesis de Trabajo de la investigación

La falta de consideración de la **gravedad del hecho** en la aplicación de las Medidas Cautelares personales, al concederse libertad provisional en delitos graves, provoca mayor fuga del imputado, lo que genera desconfianza social e inseguridad en el cumplimiento del debido proceso.

9. Variables de la investigación

9.1. Variable Independiente

La aplicación irrestricta de las medidas cautelares personales, más aún sin considerarse la **gravedad del hecho**, favorece al imputado, posibilitando su fuga, evitando su presencia en el proceso y la averiguación de la verdad.

La falta de consideración de la **gravedad del hecho** en la aplicación de las Medidas cautelares personales, conlleva a una desconfianza e inseguridad jurídica de la víctima, la sociedad y del Estado.

Es necesaria la reforma en las Medidas Cautelares de Carácter Personal, sugiriendo la inserción de una disposición que considere la **gravedad del hecho**, como otro requisito para su aplicación.

9.2. Variable Dependiente

Mediante reforma en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, que tome en cuenta la inclusión de una disposición que considere la

gravedad del hecho, a tiempo de negar o conceder la libertad, se logrará asegurar la presencia del imputado en el proceso.

10. Métodos que fueron utilizados en la investigación

10.1. Métodos

10.1.1. Métodos Generales.- En el presente trabajo utilizaré como métodos generales, el **Histórico**, cuando tenga que referirme a los antecedentes del tema específico propuesto.

También utilizaré el **Método Deductivo**, ante todo en el Capítulo II y III luego de haber analizado la legislación comparada, para deducir de ella y seguidamente sugerir la introducción de la gravedad del hecho en la aplicación de las Medidas Cautelares personales de nuestra legislación.

10.1.2. Métodos Específicos.- Como Método Específico utilizaré el:

- **Método Teológico**, en atención a lo expuesto por Jiménez de Asúa, que sugiere la aplicación del método teleológico para el estudio del Derecho Penal, voy aplicar dicho método en la elaboración de la Tesis, toda vez que al decir del mencionado autor admite todas las variedades:

Es **expositivo**: lo que me va a permitir formular la proposición que pretendo en esta Tesis.

Es **inventivo**, lo que facilita a que en los nuevos hechos analizaré la **gravedad del hecho**.

Dice también el autor que es ordenador y constructivo para la dogmática, en aspectos éstos que los voy a requerir par ordenar la exposición y constituir la misma proposición.

También, el **Método Exegético**, lo utilizaré especialmente para el análisis de cada una de las normas, en particular de la Constitución Política del Estado, Código Penal, así como del Código de Procedimiento Penal, mismos que hacen referencia a las Medidas Cautelares, para que exista **la necesidad de considerarse la Gravedad del Hecho en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal.**

11. Técnicas que fueron utilizadas en la investigación

Haré uso en primer lugar de las **entrevistas**, en personas conocedoras del ámbito penal y procesal penal, así como a autoridades del Poder Judicial, para determinar la importancia de la necesidad de considerar **la gravedad del hecho** en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal.

También realizaré **encuestas**, para tratar de determinar qué es lo que el común de la gente, principalmente la víctima y el imputado consideran con relación a la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, para llegar a una conclusión al respecto y verificar la necesidad de su modificación, considerando la **gravedad del hecho** en este tema.

**DESARROLLO DEL
DISEÑO DE PRUEBA
DE LA TESIS**

INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas con los que tropieza actualmente nuestra sociedad, es el referente a la aplicación irrestricta del Nuevo Código de Procedimiento Penal; porque desde su promulgación la experiencia nos ha demostrado, que hasta la fecha, no se han encontrado los medios jurídicos eficaces para garantizar la seguridad de la ciudadanía; y se ha tenido que enfrentar verdaderos problemas de tipo social y por lo tanto jurídicos en la administración de justicia; más precisamente, en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal; en la etapa preparatoria del proceso.

En el citado código, estas medidas cautelares, se “humanizan”, y se tornan en extremo garantistas para el imputado, dándole incluso la posibilidad de fuga, al no aplicarse la detención preventiva, dejando de lado y sin considerar la **gravedad del hecho** a momento de aplicarlas; por lo que se determina que estas medidas cautelares personales, no están cumpliendo su función, ni respondiendo al fin procesal que es asegurar la presencia del imputado a momento del juicio, ni evitando que impida u obstaculice su realización; generando desconfianza e inseguridad jurídica; tal vez porque no responden a la realidad y necesidades de nuestra sociedad, que ante este hecho se ve obligada a cometer linchamientos.

Esto no implica tener que ir contra el Sistema Acusatorio, cuyo objetivo principal es la Libertad; sino que la sociedad requiere que se le dé una mejor y más amplia garantía; porque hasta ahora, ni aún con la implementación del Nuevo Código de Procedimiento Penal, ni con la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, que lo modifica; no se ha sopesado ese interés particular de la víctima y por lo tanto de la misma sociedad, con el interés del imputado, el cual, con la aplicación precisamente de éstas nuevas disposiciones, se ha visto sumamente beneficiado, con la libertad, incluso dándosele la posibilidad de fuga; y esto se

demuestra en la practica diaria; lo que considero, se atribuye más bien al hecho de que se consideren solamente como requisitos para conceder o negar la libertad al imputado en las Medidas Cautelares: el Peligro de Fuga (art.234.-) y el Peligro de Obstaculización (art. 235.-) del Libro Quinto Medidas Cautelares, Título II, Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal; y esto empeora más aún, con el hecho de aplicar medidas sustitutivas a la detención preventiva, disposiciones que también están regladas en el mismo cuerpo legal; y que no garantizan la seguridad jurídica a la ciudadanía en general, lo que permite a mi parecer, que la mayoría de estos delincuentes estén libres; con lo que se demuestra la ineficacia de éstas disposiciones legales mencionadas.

Cuantos imputados se habrán fugado después de haber obtenido su libertad bajo fianza juratoria con la irrestricta aplicación de las Medidas Cautelares y que perjuicios habrán ocasionado al Estado, a la sociedad y ante todo a la víctima, por el hecho de no haberse dado su detención. Para los cuales, la sociedad reclama la detención, de los supuestos autores de delitos que estremecen a la colectividad, por lo que cada vez se hace más sentida la necesidad de hacer uso debido de las medidas cautelares personales, a momento de aplicarlas en el proceso penal que tiene como fin, la eficacia de la persecución penal y garantía de los derechos esenciales de la víctima así como del imputado en la resolución del conflicto penal, tal como señala nuestra misma Constitución Política del Estado, Tratados Internacionales y el art. 12.-(Igualdad).-, del Código de Procedimiento Penal; es decir establecer la más absoluta igualdad entre las partes; pero en la aplicación, la víctima se encuentra en desventaja.

Con una correcta aplicación de las medidas cautelares personales, se puede garantizar la comparecencia futura del imputado, a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, para proteger el desarrollo de la investigación, para proteger a las víctimas y para asegurar los resultados del proceso y con esto la

posterior reparación del daño causado a la víctima. Y para esto considero, que el juez debe tomar en cuenta, el momento de la comisión del delito, así como la preparación si la hubo, las consecuencias más o menos graves de la conducta del imputado; porque creo, que es sumamente importante, considerar, que así como existe la presunción de inocencia, también se puede presumir por lo manifestado anteriormente, que **“a mayor gravedad del hecho, mayor posibilidad de fuga”**; y como que se ha dado en la vida practica, es decir se le ha concedido libertad al imputado y ha fugado, dejando insatisfecha jurídicamente a la víctima; aspecto que como señalé; ni el Código de Procedimiento Penal ni su reforma consideran.

Es debido a estas falencias y limitaciones, que el objetivo principal en este trabajo es la modificación de las medidas cautelares, es decir, sugerir en éstas, la introducción de una disposición que considere, además del Peligro de Fuga y el Peligro de Obstaculización, la **gravedad del hecho**, a tiempo de conceder o negar la libertad al imputado.

Es precisamente por todo lo expuesto precedentemente, que amerita revisar el Código de Procedimiento Penal; en consecuencia, sugiero modificar el régimen de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, con disposiciones adaptadas a la realidad en que vivimos; ante esto y por lo mismo, surge la necesidad de que se considere, además de los requisitos del Peligro de Fuga y Peligro de Obstaculización, la incorporación de otro requisito fundamental, como es el de: la **gravedad del hecho**, a tiempo de determinar la procedencia o improcedencia de la libertad provisional a los imputados, en la aplicación de las medidas cautelares personales, en el Código de Procedimiento Penal.

Para probar la hipótesis planteada en esta tesis: **“La falta de consideración de la gravedad del hecho en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, al concederse libertad provisional en delitos graves, provoca mayor fuga del imputado, lo que genera desconfianza social e**

inseguridad en el cumplimiento del debido proceso”; realicé varias entrevistas a diferentes personas conocedoras del ámbito penal y procesal penal, como ser autoridades del Poder Judicial, con las que determiné la importancia y necesidad de la modificación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal, con la introducción y/o complementación de una disposición que considere la **“gravedad del hecho”** como otro requisito para su aplicación a parte del peligro de fuga y de obstaculización.

Así también realicé una revisión exhaustiva de las Sentencias Constitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional, relacionadas con la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, para examinar sus falencias.

Con el mismo propósito, realicé encuestas a personas comunes, así como también a personas litigantes en procesos penales; con esto advertí y aclaré, qué es lo que el común de la gente, principalmente la víctima y el imputado consideran con relación a la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal, y verifiqué la **necesidad de considerar la gravedad del hecho en su aplicación**. Por lo expuesto precedentemente, queda probada la hipótesis planteada en este trabajo.

Pero por otro lado, también considero que estas medidas deben ser administradas con suma cautela para no lesionar el auténtico contenido de la libertad individual, así como también para el resguardo de los derechos de la víctima, ante el peligro de fuga y también, como resguardo ante el peligro de obstaculización y más aún ante el peligro de reiteración de hechos delictivos; aquí yace la importancia de considerar la **gravedad del hecho**, requisito con el cual estoy convencida, de que estas disposiciones podrán realmente asegurar la

presencia del imputado en el proceso y la posterior reparación del daño a la víctima; de modo que la ciudadanía retome la confianza en el sistema jurídico.

Todo lo manifestado, demuestra claramente la justificación de la presente tesis, que emerge de la **ausencia y necesidad de considerar a la gravedad del hecho** entre los requisitos para la interposición de una medida cautelar de carácter personal, como tengo expresado precedentemente y es el propósito de este trabajo.

**DESARROLLO
DE LOS
CAPÍTULOS**

CAPÍTULO

I

Capítulo I

Primera Parte

I. Las Medidas Cautelares en Bolivia

Por razones metodológicas y con el propósito de alcanzar una verdadera concepción de esta institución, este Capítulo lo he dividido en dos partes, en primer lugar me voy a referir a los antecedentes, y en segundo lugar voy a hacer una conceptualización y me referiré a las características de las mismas.

1. Antecedentes de las Medidas Cautelares

Al referirme a los antecedentes, quiero hacerlo no desde los tiempos remotos, ni de otras legislaciones en el mundo, sino de los antecedentes más inmediatos, para no perderme en la lejanía del tiempo y tener que realizar aspectos históricos que en realidad, no son motivo de este trabajo, de ahí que he tomado simplemente a partir del Anteproyecto del Código Penal de 1962, porque creo que constituyen el trabajo legislativo más serio que se ha iniciado en Bolivia, tanto por su sistemática como por su estructura; y los Anteproyectos y Códigos que me voy a referir, además, porque sí responden a una verdadera legislación propia y no solo con el afán de llamar a Bolivia que ha sido el primer país en tener leyes propias, aunque éstas no fueron tales, sino fueron copias in extensas ante todo de la legislación española, adecuadas a la nueva República de Bolivia.

Tampoco voy a referirme a las otras reformas o enmiendas que se han hecho a los Códigos, ello entraña algunas dificultades y además una amplitud que también creo innecesaria, de ahí que estoy haciendo un límite en los antecedentes históricos de nuestra legislación por considerarlos que se han hecho trabajos serios en la legislación boliviana.

En este sentido, a continuación, me ocupo de los siguientes aspectos:

1.1 Anteproyecto del Código Penal de 1962

Ninguna legislación penal latinoamericana ha sido elaborada después de un estudio de las realidades del continente, aplicándose aún el método tradicional consistente en *copiar* códigos extranjeros “de moda” o a “importar” nuevas doctrinas penales.⁶

En el caso de nuestro país la legislación penal –el Código de 1831 y el de 1834- fue más bien copia de otras legislaciones, y este desajuste entre la ley y el medio en el cual debía regir, la hizo inactual e inadecuada, tanto que muchas de sus disposiciones no se cumplían y habrían caído en desuso.⁷

Es de este modo que mediante Decreto Supremo No. 06038 de 23 de marzo de 1962, durante el gobierno del **Dr. Víctor Paz Estenssoro**, se crean las Comisiones Codificadoras para la revisión de los cuerpos legales y la elaboración de anteproyectos, entre estos el Anteproyecto del Código Penal Boliviano, esta comisión estuvo conformada por el **Dr. Manuel Durán P., Hugo César Cadima M., Manuel José Justiniano A. y Raúl Calvimontes Núñez del Prado.**

La Comisión cumplió su función y presentó su Anteproyecto precedido de sus Bases; del cual, en la parte que realmente interesa al presente trabajo, extracto lo siguiente:

⁶ **MASSA, Michele, SCHIPANI, Sandro**, Un “Codice Tipo” Di Procedura Penale Pe L’ America Latina, ,Casa Editrice Dott Antonio Milani C., 1994,Pág. 381

⁷ **Bases y Anteproyecto Código Penal Boliviano**, Comisión de Código Penal. Editorial. Cajías, La Paz – Bolivia. Pag.36-37

BASE IX

En cuanto a las circunstancias atenuantes y agravantes, se abandonará el sistema de detallarlas en forma taxativa y exhaustiva, como lo hace el Código actualmente.

Se señalarán algunas como guía para el juez, teniendo en cuenta la gravedad del hecho*, los motivos determinantes y la personalidad del autor, pero sin limitarlas a las indicadas, estando facultado el juez para apreciar otras análogas o semejantes.⁸

En lo concerniente al motivo de esta tesis, el Anteproyecto del Código Penal Boliviano de 1962, hace referencia en su Capítulo II a la personalidad del autor, **la mayor o menor gravedad del hecho**, las circunstancias del delito, la edad, educación y reincidencia.

Corresponde analizar que ya desde el Anteproyecto señalado se ha tomado en cuenta la **gravedad del hecho**, aspecto este que resulta de suma importancia porque en muchos delitos el hecho conlleva a funestas consecuencias que aumenta el perjuicio a la Víctima, a la sociedad y al Estado y no es posible que todos los delitos tengan que ser tratados en igualdad de condiciones, es precisamente el motivo de esta tesis la **gravedad del hecho**, de ahí que va a ser una constante de este trabajo resaltar el mismo, y que analizaré con profundidad en el Capítulo II; a ello corresponden los asteriscos que pongo a pie de página.

1.2. Código Penal de 1973, Decreto Ley No. 10426 de fecha 23 de agosto de 1973

Durante el gobierno del **Gral. Hugo Bánzer Suárez**, con el propósito de hacer efectiva la renovación de los Códigos y leyes vigentes que norman la vida institucional del país, por Decreto Supremo de 28 de enero de 1972, se organiza una Comisión Coordinadora de Cuerpos Legales y Anteproyectos elaborados,

⁸BASES Y ANTEPROYECTO CÓDIGO PENAL BOLIVIANO, Comisión de Código Penal. Editorial. Cajías, La Paz – Bolivia. Pag.13

* Las negrillas me corresponden, para resaltar el tema principal motivo de esta tesis.

Comisión que culminó con la entrega de todos los cuerpos legales, debidamente revisados y coordinados.

Por Decreto Ley No. 10426 de 23 de agosto de 1972, fue promulgado el Código Penal Boliviano, dividido en Dos Libros, 365 artículos, los dos últimos transitorios, habiendo sido puesto en vigencia por Decreto Supremo 10772 de 16 de marzo de 1973, el 6 de agosto de 1973.

Comparando los artículos que son tema de la presente tesis, con el anterior Anteproyecto del Código Penal Boliviano, debo señalar que **“no han sido modificados”**, conservando la misma redacción, lo que significaría que la propuesta de la Comisión Codificadora de 1962 fue aceptada.

En consecuencia huelga cualquier comentario o en su caso me remito al ya expresado anteriormente.

1.3 Código Penal, Ley No. 1768 de 10 de Marzo de 1997

La Comisión Redactora del Anteproyecto de Reformas Parciales al Código Penal, fue conformada por el Ministerio de Justicia en el mes de diciembre del año 1995, que estuvo conformada por los abogados **René Blattman Bauer, Kathia Saucedo Paz, Carlos Alarcón Mondonio, Reinaldo Imaña Arteaga, Rosaly Ledezma Jemio, Ivan Lima Magna, Teresa Ledezma Inchausti.**⁹

Establecidas las pautas y bases de la Reforma Parcial al Código Penal, se organizó una Mesa redonda denominada “Bases para la Reforma al Ordenamiento Jurídico Penal”, en la ciudad de Cochabamba, con la participación de destacadas autoridades en la materia; en la cual concluyeron con lo siguiente:

⁹ , **BLATTMAN BAUER René**, Exposición de motivos de la Ley No. 1768 de Modificaciones al Código Penal, Código Penal Boliviano, Lib. Edit. América S.R.L., Pags 7-8

- “Elevar a rango de Ley el Código Penal aprobado mediante Decreto Ley en un régimen de facto.
- Actualizar aspectos esenciales de la sistemática del Código Penal y llenar los vacíos de impunidad en formas graves de criminalidad.
- Fortalecer el Estado de Derecho y las garantías constitucionales”.¹⁰

Asimismo se determinaron características importantes de la reforma parcial del Código Penal, de las que a mi parecer son las más trascendentales, y guardan relación con el tema de esta tesis; las siguientes:

1.- “Se eleva el Código Penal a rango de ley en concordancia con el régimen constitucional de derecho que caracteriza al país

desde la reinstauración de la democracia. Este cambio obedece a un sentir de la opinión pública general y de los juristas en particular, que desde hace varios años reclaman por la legitimación en democracia de los Códigos emanados en regímenes de facto.

2.- En concordancia con los principios constitucionales que limitan el poder penal estatal, se incorpora el principio de legalidad extendiéndolo a las medidas de seguridad penales.

Se justifica esta extensión por el carácter gravoso que importan las medidas de seguridad para los derechos individuales, asumiendo ellas en la práctica, el carácter de pena.¹¹

8.- Para evitar situaciones de impunidad o la aplicación de una pena muy reducida en relación a la gravedad del hecho y de la culpabilidad del autor, se introduce el delito de comisión por omisión. De esta manera, la Ley sanciona con la pena señalada en un tipo activo a la persona que por su omisión lesiona un bien jurídico ajeno respecto al cual se encuentra en posición de garante”.¹²

En el Código Penal, como se evidencia, en la parte relacionada a la Aplicación de las penas, cuando se refiere a la Fijación de la pena (Art.- 37), y Circunstancias (Art.- 38); cabe hacer notar la importancia que supone a momento de aplicarse la

¹⁰ **BLATTMAN BAUER René**, Exposición de motivos de la Ley No. 1768 de Modificaciones al Código Penal, Código Penal Boliviano, Lib. Edit. América S.R.L., Pag.10

¹¹ **BLATTMAN BAUER René**, Exposición de motivos de la Ley No. 1768 de Modificaciones al Código Penal, Código Penal Boliviano, Lib. Edit. América S.R.L., Pág. 11

¹² **BLATTMAN BAUER René**, Exposición de motivos de la Ley No. 1768 de Modificaciones al Código Penal, Código Penal Boliviano, Lib. Edit. América S.R.L., Pag. 13

pena, que el Juez, debe tomar en cuenta el momento de la comisión del delito, así como la preparación si la hubo, las consecuencias mas o menos graves de la conducta del imputado (que será objeto de análisis en el Capítulo II), ya que es el mismo Código Penal actual, que en su art. 27.- (Privativas de libertad), señala dos clases de éstas, primero presidio, para las de mayor gravedad, porque tienen mayores consecuencias, es decir penas mayores que van de 1 a 30 años; y segundo, reclusión, para las de menor gravedad, de 1 mes a 8 años.

1.4 Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal de 1962 - 1964

Al referirme al Anteproyecto del Código Penal de 1962 he señalado el Decreto y la Comisión Codificadora para el Código Penal, ahora bien por el mismo Decreto Supremo, se crea la Comisión Codificadora, para la revisión de los cuerpos legales y la elaboración de anteproyectos, entre ellos el de Código de Procedimiento Criminal, designando como miembros de estas comisiones codificadoras a los profesores de Derecho, Jurisconsultos y abogados: **Enrique Oblitas, Julio López y Arturo Araujo**¹³; a raíz de la renuncia de éste último, fue sustituido el **Dr. José Flores Moncayo** en el mes de septiembre de 1962.

Con respecto a la denominación de Código Procesal Criminal, la Comisión, acordó designarlo como “Código Procesal Penal” en atención a las consideraciones siguientes:

- 1. “Porque dicha denominación guarda relación estrecha con la ciencia de Derecho Procesal Penal, en razón de que el Código que nos ocupa no solo se inspira en los postulados y bases de la citada ciencia sino que sus preceptos e institutos están orientados y regidos por ella.**

¹³ ANTEPROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Comisión de Código de Procedimiento Penal, Ministerio de Gobierno, Justicia e Inmigración, La Paz – Bolivia, 1965. Pag.8

2. Porque la denominación de Código Procesal Penal es la adoptada por la moderna codificación, basándose en cierta manera en los códigos de varias provincias de la República Argentina, así como del Paraguay.

3. Porque la denominación de Código Procedimiento Penal o la de Criminal no abarca todo el contenido del código ya que el “procedimiento” es solo un aspecto de mismo. El texto de un cuerpo legal sobre esta materia además de reglar los actos y formas del proceso, regula las cuestiones de jurisdicciones y competencias, los poderes, facultades y deberes de los sujetos y colaboradores que intervienen en el mismo y la estructura y mecanismo de los institutos jurídicos”.

No obstante que se hizo valer las anteriores consideraciones en las reuniones generales de la Comisión Codificadora en pleno, no se aceptó la denominación de “Código Procesal Penal, sino la de **“Código de Procedimiento Penal”**, con el fin de uniformarla a la del Código de Procedimiento Civil.¹⁴

En lo que se refiere al tema de mi tesis, el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal de 1962, hace referencia a las Medidas Jurisdiccionales, en el Título V del Libro Segundo, que regula el régimen de Medidas Cautelares, que a la letra dice:

XXI. MEDIDAS JURISDICCIONALES

3.- Detención preventiva del imputado.- Se faculta al órgano jurisdiccional de la instrucción, ordenar dicha detención, siempre que en el caso sometido a su conocimiento concurren los requisitos expresamente señalados en el Art. 528. Así reglamentada la detención preventiva queda suprimido el criterio discrecional con que procedía el Juez.

Se autoriza, de acuerdo con el nuevo Anteproyecto de Código Penal, la detención domiciliaria en casos excepcionales, bajo vigilancia policiaria. (Art. 528)¹⁵.

¹⁴ ANTEPROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Comisión de Código de Procedimiento Penal, Ministerio de Gobierno, Justicia e Inmigración, La Paz – Bolivia, 1965. Pag 9

¹⁵ ANTEPROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Comisión de Código de Procedimiento Penal, Ministerio de Gobierno, Justicia e Inmigración, La Paz – Bolivia, 1965. Pag 45

La detención preventiva, como se expresa en el Art. 527 del Anteproyecto, tiene como finalidades primordiales evitar que el imputado eluda la acción de la justicia y el peligro de que realice maniobras capaces de destruir la prueba de la imputación y ocultar la verdad sobre el hecho; y de garantizar la eventual ejecución de la pena. Además se exige que el Juez deba motivar dicha detención.

Lo que nos hace concluir acerca de los fines extraprocesales del antiguo Código, como el aseguramiento del pago de daños y perjuicios, que obviamente no corresponden a la doctrina procesal penal actual.

1.5 Código de Procedimiento Penal de 1972, Decreto Ley No. 10426 de 23 de agosto de 1972

En el gobierno del Gral. Hugo Banzer Suárez, se conforma una Comisión Codificadora de Códigos, conformada por los abogados: **Walter Morales Aguilar, José Dardo Gamarra Zorrilla, Modesto Burgoa Vera, René Baldivieso Guzmán, Guillermo Rivero Elio, Enrique Oblitas Poblete**. Comisión que a la culminación, revisión y coordinación del mencionado cuerpo legal, el cual por decreto Ley No. 10426 de 23 de agosto de 1972 es promulgado como Ley de la República el Código de Procedimiento Penal, abrogando así el Código de Procedimiento Criminal de 6 de agosto de 1898, éste código debió entrar en vigencia el 2 de abril de 1973, pero entró en vigencia el 6 de agosto del mismo año, como señalo en la página 9.

Bajo el *nomen juris* de **Medidas Jurisdiccionales**, el Título V del Libro Segundo de éste Código, regula el régimen de Medidas Cautelares. El Capítulo

I: trata De la Anotación Preventiva, Requisa, Allanamiento y Arraigo¹⁶, es decir, de medidas restrictivas de derechos, tanto personales como reales; el Capítulo

II trata de la Detención Preventiva¹⁷; el Capítulo III, actualmente se ha reformado en gran parte por la Ley de Fianza Juratoria, la misma a que me refiero en el siguiente subtítulo, que versa sobre la Libertad Provisional¹⁸; el Capítulo IV: sobre la Calificación de Fianza.

La aplicación irrestricta de la limitación de la libertad personal del imputado, es característica de este Código, frente a la finalidad de la detención preventiva y lógicamente de la fianza: garantizar la presencia del imputado en los actos del proceso el pago de daños y multas, acerca del nuevo sistema, que tiene el Código de Procedimiento Penal, que revierte tal situación, otorgándole a la medida cautelar personal una sola finalidad: la de garantizar del presencia del imputado en los actos del proceso o de que éste no obstaculice la averiguación de la verdad, me ocuparé más adelante.

1.6 Anteproyecto del Nuevo Código de Procedimiento Penal

El Ministerio de Justicia, organizó en septiembre de 1994 un Seminario sobre “Experiencias de Reforma Procesal en Latinoamérica, Perspectivas para Bolivia”, que concluyó con la recomendación de la necesidad de iniciar un nuevo proceso de reforma estructural de la justicia penal, que comprendía una revisión global del Código de Procedimiento Penal vigente.

Mediante Resolución Ministerial No. 15/94 de 19 de diciembre de 1994, constituyó una Comisión Redactora de Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal, presidida por el entonces Ministro de Justicia, **René Blattman Bauer** y

¹⁶ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1972, Librería Editorial “Juventud”, La Paz-Bolivia, 1991. Pag. 83

¹⁷ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1972, Librería Editorial “Juventud”, La Paz-Bolivia, 1991. Pag. 84

¹⁸ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1972, Librería Editorial “Juventud”, La Paz-Bolivia, 1991. Pag. 85

conformada por los abogados: **Oscar Crespo Soliz, Amanda Arriarán de Zepita, José Cassab Salaues, Fernando Navajas Valdivieso, Reinaldo Imaña Arteaga y Angel Arequipa Chui.**¹⁹

Esta Comisión se basó fundamentalmente en las recomendaciones y lineamientos del Seminario, que estuvieron relacionados con los principales problemas del proceso penal, los cuales son:

“El sistema de justicia penal atraviesa una crisis estructural, cuyo aspecto más crítico es la retardación manifiesta que impide la realización de una justicia pronta y cumplida, que es un principio consagrado en la Constitución Política del Estado.

El juez instructor actúa en un rol dicotómico de investigador y contralor de los derechos y garantías del imputado, debido al carácter incompatible de estas funciones, ninguna de las mismas se cumple eficazmente.

La ausencia de un verdadero juicio oral público contradictorio por la ratificación de todo lo actuado en la instrucción y por la existencia de normas que impiden su real y plena vigencia, aunque contradictoriamente otras disposiciones lo consagran”.²⁰

El Anteproyecto se inscribe dentro del Sistema Acusatorio desechando el Sistema Inquisitivo imperante en el entonces Código de Procedimiento Penal.

En tal virtud, se comienza por regular con amplitud necesaria, los principios constitucionales que limitan el poder represivo del Estado; mereciendo especial atención el principio de inocencia y todas sus manifestaciones, fundamentalmente el derecho que tiene el imputado de ser tratado como inocente desde el primer acto del procedimiento; el derecho que tiene a no declarar en contra de sí mismo y a guardar silencio, la aplicación de medidas cautelares en su contra, solo en casos absolutamente indispensables”.²¹

¹⁹ ANTEPROYECTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Ministerio de Justicia, 1995, Pag. I

²⁰ ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Ministerio de Justicia, 1995, Pag. II

²¹ ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Ministerio de Justicia, 1995, Pag. III

Como se podrá apreciar existe un cambio sustancial en lo que sostenía el Código de 1964 y el mismo Código de Procedimiento Penal de 1973.

Sin embargo, dado que se trata simplemente de un Anteproyecto, tanto las recomendaciones realizadas en el Seminario de referencia, así como el precepto citado del Anteproyecto, sólo es con la finalidad de señalar un dato histórico referencial, haré un comentario más profundo al respecto, cuando tenga que tratar esta institución en el Código de Procedimiento Penal en actual vigencia, o sea la Ley No. 1970, Ley de 25 de marzo de 1999.

1.7 Ley de Fianza Juratoria contra la Retardación de Justicia Penal, Ley No. 1685 de 2 de febrero de 1996

Mientras que en el antiguo Código de Procedimiento Penal, anterior sistema inquisitivo, propugnaba una aplicación amplia y casi irrestricta de las medidas cautelares, el nuevo sistema ha diseñado la aplicación restrictiva de las mismas, reformándolas en su mayoría en la Ley No. 1685 de 2 de febrero de 1996, Ley de Fianza Juratoria Contra la Retardación de Justicia, que pretende atenuar la dureza del sistema penal humanizándolo.

La Ley de Fianza Juratoria Contra la Retardación de Justicia, ha corregido un error grave del Antiguo Código de Procedimiento Penal de 1972, en lo que se refiere a la Detención Preventiva, el Art. 194.-(Casos en que procede), que señalaba que para la procedencia de la detención preventiva era necesario que el delito incriminado tenga pena privativa de libertad cuyo máximo sea de dos años, al igual que la presente Ley, además exigía aquel Art., que contra el imputado “existan graves y manifiestos indicios”, es decir, requisito mucho más severo que el exigido por el Art. 220 inc. 3) del Código de Procedimiento Penal de 1972, para disponer el procesamiento del imputado, que señala: “suficientes indicios que

hagan presumir la perpetración...”, lo que significa que el Juez al disponer la detención preventiva con arreglo a este artículo abrogado ya habría encontrado elementos por demás suficientes inclusive para el procesamiento.

Ahora se corrige este error cuando se exige que existan “elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es con probabilidad...”

De este modo, para la procedencia de la detención preventiva se requerirán menores o iguales requisitos que para el procedimiento y ya no elementos más graves como antes.

También es acertada la inclusión de los incisos 1) y 2) del Art. 3, antes mencionada Ley de Fianza Juratoria, que deben cumplirse alternativamente o conjuntamente con los requisitos exigidos para la detención preventiva, este hecho hace que la misma disponga para el cumplimiento de sus finalidades y sea ordenada con carácter excepcional y no como regla, como se ha venido practicando hasta antes de ahora.

Con el Art. 13 se ha pretendido otorgar al Juez, competencia territorial nacional, considerando el país y no el ámbito territorial de la competencia del Juez de la causa. Además, considero se debe tomar en cuenta; en lo que respecta al tema de mi tesis; la importancia del inciso “2) la pena que se espera como resultado del proceso”, esto debido a los hechos que actualmente se han venido suscitando en nuestra sociedad, en los que el indiciado, conocedor de la pena a imponerse, obviamente acorde con la magnitud de la **gravedad del hecho** imputado, que vuelvo a recalcar, **no se tomó en cuenta**, opta por la alternativa de darse a la fuga, no sometándose al proceso; más aún lo que ocurre en la mayoría de los casos de esta naturaleza, ya sea por la extensión de sus fronteras, la falta de control en éstas, ya que siempre ha sido inadecuada, así por ejemplo para

señalar una frontera muy cercana a la ciudad de La Paz –que es la delimitación territorial de que se ocupa esta Tesis- que es Copacabana - Yunguyo, o Desaguadero -Casani o Puerto Acosta, etc.; burlando la justicia y ocasionando insatisfacción jurídica en la víctima a sí como en la sociedad.

Sin embargo de que el Art. 1 de la Ley, No. 1685, de 2 de febrero de 1996, Ley de Fianza Juratoria, establece la aplicación restrictiva de la detención preventiva y sus fines estrictamente procesales, en la práctica forense se han mantenido, a tiempo de calificar la fianza y el aseguramiento del pago del posible daño civil (Arts. 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal de 1973).

La exigencia de motivación y de que concurren además los requisitos de que exista riesgo de fuga o peligro de que el imputado en libertad obstaculice la averiguación de la verdad, para que proceda la detención preventiva, constituye una reforma reciente de la Ley de Fianza Juratoria Contra la Retardación de Justicia Penal No. 1685, de fecha 2 de febrero de 1996, que no alcanzó a aplicarse uniforme y correctamente en todos los distritos judiciales del país, imponiéndose los criterios inquisitivos a los garantistas.

1.8 Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica

He querido citar el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, por constituir también un antecedente principal del actual Código de Procedimiento Penal y además que tiene la finalidad de dar los parámetros para unificar la legislación procesal penal para Latinoamérica, de ahí también que sólo cito en los aspectos necesarios, reservándome la crítica para cuando tenga que referirme a la institución respectiva en el Código de Procedimiento Penal actual en tal sentido, voy a referirme a los aspectos que creo importantes de este Código Procesal modelo para Iberoamérica.

1.8.1. Prisión Preventiva y el Principio de inocencia

a. Prisión Preventiva.- El problema en Latinoamérica con relación a la prisión preventiva ha estado centrado no tanto en lo relativo a los requisitos formales para el dictado de la prisión preventiva, sino en lo concerniente a los requisitos materiales.

b. Principio de inocencia.- El Principio de Inocencia esta consagrado expresamente en el Art. 16, parágrafo I, de nuestra Constitución Política del Estado.

“La discusión, al respecto del tema, se centra, en la compatibilidad de las causales de prisión preventiva con el principio de inocencia, consagrado también en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 7), e implícitamente en las respectivas constituciones. En general se acepta por la doctrina latinoamericana que una de las consecuencias del principio de inocencia es que el dictado de las medidas coercitivas en contra del imputado tiene un carácter de una pena anticipada”²².

Este principio de inocencia; por su trascendencia con relación al tema que me ocupa, será objeto de análisis más adelante.

1.8.2. Requisitos materiales para el dictado de la Prisión Preventiva

En varios de los proyectos de Código Procesal Penal más recientes, como es el caso de Guatemala de 1989, Argentina de 1987, Buenos Aires de 1989; se ha establecido claramente que la prisión preventiva procede solamente cuando en el caso concreto se ha producido la fuga del imputado, existe peligro de ésta o bien existe peligro de oscurecimiento de la prueba.

²² MASSA, Michele y SCHIPANI, Sandro, Un “Codice Tipo” Di Procedura Penale Per L’ America Latina, Casa Editrice Dott Antonio Milani C.1994. Pag 378

En la legislación vigente en varios países, se parte en general de una presunción legal, en el sentido de que existe peligro de que el imputado tratara de eludir la acción de la justicia ²³, o de que tratará de falsear la prueba.

Con respecto a los requisitos para el dictado de la prisión preventiva, no se regula en la legislación latinoamericana el principio de **proporcionalidad** en forma clara y expresa, aunque debe reconocerse que tiene expresión en algunas disposiciones de los Códigos que se han basado en el de Córdoba, Argentina.

Es importante señalar, como regla general sobre las medidas de coerción en contra del imputado, que éstas serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento.

Es en este aspecto de la proporcionalidad, al que voy a hacer énfasis en la tesis, cuya ausencia observo en el actual Código de Procedimiento Penal y que conlleva a una desconfianza social.

“La regulación referente a los requisitos materiales para el dictado de la prisión preventiva parte (además de la exigencia de sospecha fundada sobre la culpabilidad del imputado) de la necesidad de que exista en concreto peligro de que el imputado se fugue, o de que vaya a falsear la prueba, según la aplicación correcta de la ley penal, imponiéndosele la pena correspondiente al sujeto que resulte culpable, que trata de hacerse posible a través de las causales de peligro de fuga y peligro de obstaculización”²⁴.

1.8.3. Medidas de Coerción.-

²³ **MASSA, Michele y SCHIPANI, Sandro**, Un “Codice Tipo” Di Procedura Penale Per L’ America Latina, Casa Editrice Dott Antonio Milani C.1994. Pag 379

²⁴ **MASSA, Michele, SCHIPANI, Sandro**, Un “Codice Tipo” Di Procedura Penale Pe L’ America Latina, ,Casa Editrice Dott Antonio Milani C., 1994,Pág. 381

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, establece según su Artículo 196, como finalidad y alcance de las Medidas de Coerción; que la libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la ley fundamental y por los tratados celebrados por el Estado, sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley; aspecto este, que por su importancia, también será motivo de análisis en el Capítulo II.

1.9 Código de Procedimiento Penal, promulgado por Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999

Por Ley No. 1970, de 25 de marzo de 1999, se promulga el “**Nuevo Código de Procedimiento Penal**”, el cual recién entra en vigencia el 30 de mayo de 2000, fecha en que Bolivia inscribiría en su historia jurídica la protección de libertad y la dignidad de las personas, y que además terminarían por consolidar el Estado de Derecho impulsado visionariamente por el entonces Presidente de la República Gral. Hugo Bánzer Suárez.

En lo que respecta a la “**detención preventiva**” reviste el carácter de medida cautelar “exclusivamente procesal” y con una duración limitada en su Libro Quinto, MEDIDAS CAUTELARES, en el Título II, hace referencia a las Medidas Cautelares de Carácter Personal, en los Artículos 234°.- (Peligro de fuga) y 235°.- (Peligro de obstaculización), cuya transcripción y correspondiente análisis dejo para el Capítulo II.

1.10. Reforma actual del Código de Procedimiento Penal, Ley No. 2494 de 4 de agosto de 2003, Ley de Sistema Nacional de

Seguridad Ciudadana (Gov. Sánchez de Lozada)

En el gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada, por Ley No. 2494 de 4 de agosto de 2003, se crea la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana; la cual señala claramente sus objetivos, en el Capítulo I:

-“La finalidad de controlar y coordinar de manera eficaz y eficiente las personas de la comunidad, en el país en los diferentes departamentos sin discriminación alguna, destinados a asegurar el libre ejercicio de los derechos y garantías y libertades constitucionales brindando mayor seguridad en la población procurando una mayor calidad de vida a todos los estantes y habitantes del territorio nacional. (Art. 1).

- El funcionamiento del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana se basa en los siguientes postulados:

a. El establecimiento de la corresponsabilidad institucional la participación ciudadana y el control social en todos los programas de seguridad ciudadana.

b. El reconocimiento de la necesidad del desarrollo y fortalecimiento normativo y operativo en materias relacionadas con la seguridad ciudadana.

c. La necesidad de que la comunicación y la educación social orienten sus acciones a favor de la seguridad ciudadana.

d. El reconocimiento de que la sustentabilidad económica, política y social es un principio fundamental para el establecimiento de las políticas de seguridad ciudadana.

e. La necesidad de que las políticas planes y programas de seguridad ciudadana, reflejen la condición multiétnica y pluricultural del país. (Art. 3)”.

La motivación de ésta Ley, nos señala que el objetivo de la misma es otorgar “seguridad a la ciudadanía”; empero del análisis de los preceptos señalados, o sea, de la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, no se reflejan estos motivos de seguridad, porque las reformas son insustanciales, que además de no estar en el mismo texto legal, o sea, estar en el mismo Código y estar en una Ley aparte, tiene poca aplicación.

Mediante esta Ley, surge la reforma al Código de Procedimiento Penal, con la Modificación e incorporación al régimen de Medidas Cautelares, en su Título II.

Estos aspectos, son los que voy a analizar en el Capítulo II, como una antítesis a la Ley actual, o sea el Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 1970), para luego hacer una proposición y un cambio incluyendo que en las Medidas Cautelares, debe tomarse en cuenta la **Gravedad del Hecho**, aspecto este que estará debidamente fundamentado y motivado por constituir la esencia misma de esta Tesis.

CAPÍTULO I

SEGUNDA PARTE

II. CATEGORIAS GENERALES

Hecho el estudio histórico somero de los antecedentes de la institución que me ocupa, es necesario hacer un análisis de los conceptos principales, que los creo sumamente necesarios; así como de las clases de Medidas Cautelares, dejando para el Capítulo II las Características de las mismas.

De esa manera podré enfocar con una visión más general este trabajo, además de buscar el orden en las proporciones, para facilitar las conclusiones respectivas.

Igualmente manifiesto que estos conceptos son también los indispensables; y que he tratado de buscar los más sencillos, toda vez que el lenguaje que debe utilizarse en la legislación tiene que ser claro y sencillo en atención a los destinatarios que son gente del pueblo, donde mayormente se aplican las leyes.

1.1. Que son las Medidas Cautelares

Según Fix Zamudio²⁵, las Medidas Cautelares: “son los instrumentos que puede decretar el juzgador a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la del litigio, así como para evitar un grave o irreparable daño a las mismas partes o la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso”.

Para el tratadista español Gimeno Sendra, las Medidas Cautelares son: “las resoluciones motivadas por el órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra

²⁵ Citado por Jorge Alberto, **SILVA SILVA**, en su libro “Derecho Procesal Penal”, Edit. Harla, México, 1990. Pag.

el presunto responsable de la acción delictuosa como consecuencia; de un lado del surgimiento de su cualidad de imputado y; de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por lo que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia”.

De mi parte puedo establecer que las Medidas Cautelares tienen dos finalidades: **primera**, que el **imputado** permanezca en el lugar del proceso, ya sea en libertad o en detención, para responder por el mismo, o sea en cuanto a la acción penal y la sanción si acaso corresponde. En **segundo** lugar, responder por la acción civil o sea la reparación de los daños causados, si han existido estos como consecuencia del delito.

1.2. Clases de Medidas Cautelares

El Código de Procedimiento Penal, clasifica en dos grupos a las Medidas Cautelares, que son las de Carácter Personal y las de Carácter Real.

1.2.1. Medidas Cautelares de Carácter Personal

El Código de Procedimiento Penal, clasifica las Medidas Cautelares de Carácter Personal, de la siguiente manera:

a. El Arresto.- Es la privación de libertad de corta duración de un ciudadano, que puede ser ordenado por el fiscal o la policía y procede dentro de una investigación, luego de la acción directa. El arresto debe aplicarse como última opción, únicamente de ser esto necesario. Es una medida cautelar personal

que se impone al imputado y no a cualquier otro ciudadano y siempre dentro del marco de una investigación²⁶.

b. La Aprehensión

-La Aprehensión puede ser dispuesta por el fiscal, cuando sea necesaria la presencia del Imputado y a juicio del fiscal existan diferentes indicios de que es autor o partícipe de un delito.

-La Aprehensión puede realizarse por la policía, que es una obligación de privar de libertad al Imputado, cuando se presume la existencia de un delito.

-La Aprehensión también puede ser por particulares, esto se da, ante todo en casos de flagrancia, tanto como por la disposición constitucional, artículo 10 de la Constitución Política del Estado, lo que faculta a cualquier ciudadano proceder a la aprehensión con el solo propósito de conducir al Imputado ante el juez o la autoridad competente.

Tales disposiciones están previstas en los arts. 226, 227 y 229 del Código de Procedimiento Penal.

Creo necesaria la referencia precedente, para después tener que referirme al concepto principal de “la detención preventiva”.

c. La Incomunicación.- Por disposición del artículo 9, parágrafo II de la Constitución Política de Estado y el Art. 231 del Código de Procedimiento Penal, se puede disponer la incomunicación el Imputado

²⁶ “CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL”, Materiales y Experiencias de Talleres de Capacitación, Pomareda de Rosenauer, Cecilia, 2003 GTZ - Reforma Procesal, Pag. 87

para que no se comunique con otros Imputados o se haga desaparecer los objetos o instrumentos del delito.

d. La Detención Preventiva.- Según Julio López L.: *“la detención preventiva es un medida precautoria que consiste en privar de su libertad física al imputado, para asegurar su presencia durante el juicio, evitar que eluda la acción de la justicia o realice maniobras capaces de destruir las pruebas del delito. Debe ser utilizada sólo en casos de absoluta necesidad, ya que tiende a garantizar la eventual ejecución de la pena”*²⁷.

Esta cita corresponde a un preámbulo y al concepto general de la Detención Preventiva, que he trazado en este Capítulo, pero por la importancia de **ser el motivo especial de este trabajo de tesis**; tanto de sus alcances, procedencia, requisitos, consecuencias y su duración, etc., voy a ocuparme en el **Capítulo II**, para demostrar, como adelanto ahora, la ausencia de la **Gravedad del Hecho**, para también analizar las fugas constantes, como consecuencia de la ausencia de este requisito que creo sumamente indispensable.

e. Medidas Sustitutivas a la Detención Preventiva.- Se refieren tanto a la Medidas Cautelares de Carácter Personal, así como a la Medidas Cautelares de Carácter Real; y están citadas en el Código de Procedimiento Penal en el Art. 240.

1.2.2. Medidas Cautelares de Carácter Real

²⁷ “COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL PENAL Y CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL NORMAS DE ETICA PARA EL JUEZ Y EL ABOGADO” 3ra. Ed. , Editorial Los Amigos del Libro, Cochabamba – La Paz, Bolivia, 1982.Pág. 119.

Las Medidas Cautelares de Carácter Real, tienen por finalidad, garantizar la reparación de daño y el pago de costas y multas emergentes del proceso penal. Se imponen únicamente en los casos expresamente indicados en el Código de Procedimiento Penal, Art. 222, parágrafo II; que señala que se impondrán únicamente en los casos expresamente señalados por el Código Civil; en caso de rebeldía Art. 89 inc. 2; también en caso de sentencia que imponga una medida de seguridad por inimputabilidad o semiimputabilidad, si el fiscal o querellante solicitan al juez de sentencia que ordene la reparación del daño causado o la indemnización correspondiente.

La previsión del Art. 252 (Medidas Cautelares Reales) del Código de Procedimiento Penal, es concordante con lo dispuesto en el Art. 90 del Código Penal, que se refiere a la Hipoteca de los bienes del Imputado, para hacer posible la reparación del daño causado.

En cuanto a la reparación del daño, me ocuparé también oportunamente, puesto que no es el punto central de este trabajo, sino que lo he citado, por constituir una forma de Medida Cautelar.

CAPÍTULO

II

Capítulo II

Análisis de la falta de consideración de la “Gravedad del Hecho” en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en nuestra Legislación

Para ingresar al estudio del Segundo Capítulo, con relación a la Gravedad del Hecho, quiero comenzar citando a **José Cerezo Mir**²⁸ que dice: ***“La pena debe ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social, pues se trata de la justificación de la pena estatal”***.*

Con la consigna precedente, es que a continuación, realizare y un análisis y crítica tanto de los aciertos así como de las falencias que pudieron existir y existen en nuestra legislación; tomando en cuenta desde los anteproyectos tanto del Código Penal de 1962 – 1964 como del Código de Procedimiento Penal de los mismos años; antecedentes en cuanto a nuestra historia procesal penal se refieren; que han marcado, entre otros aspectos, tiempos en que prevalecían regímenes que a la fecha se humanizaron, debido a la labor de grandes juristas, los mismos que han realizado varias e importantes modificaciones , en los mencionados cuerpos penales para beneficio de nuestra sociedad.

²⁸ **CEREZO MIR, José**, “Obras Completas, Derecho Penal, Parte General, Edit. Ubijus, Ara Editores, Peru 2006, Pág. 44.

* Las negrillas me corresponden.

2.1. El Anteproyecto del Código Penal Decreto Supremo No. 06038 de 23 de marzo de 1962-1964

Con respecto al tema relacionado a esta tesis, el Anteproyecto del Código Penal, hace referencia en su Título III, a Las Penas, en el Capítulo II, a la Aplicación de las Penas, a la **“Fijación de la Pena”** en el art. 37, y a las **“Circunstancias”**, en el art. 38, cuyo tenor es como sigue:

CAPITULO II “APLICACION DE LAS PENAS”

Art. 37.- (Fijación de la pena).- Compete al Juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho*, las circunstancias y las consecuencias del delito:

1°.-Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho*, en la medida requerida para cada caso.

2°.-Determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales.

Art. 38.- (Circunstancias).-

1°.-Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta:

a) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social.

b) Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la ejecución del delito y los demás antecedentes y condiciones personales, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones, la calidad de las personas ofendidas y otras circunstancias de índole subjetiva.

Se tendrá en cuenta asimismo; la premeditación, el motivo bajo antisocial, la alevosía y el ensañamiento.

2.-Para apreciar la gravedad del hecho, se tendrá en cuenta: la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido.²⁹

²⁹ BASES DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL BOIVIANO, Comisión de Código Penal, Edit. Cajías, La Paz – Bolivia. Pág. 36, 37.

Es necesario hacer notar que la **Comisión Redactora** en la primera parte del art. 37.- (Fijación de la Pena), ya se ocuparon de consignar que debe existir la proporcionalidad entre la “**gravedad del hecho**” y la pena.

También han considerado que para fijar la pena debe tomarse en cuenta las circunstancias y consecuencias del delito, aspecto que como se analizará posteriormente se repite en el Código Penal de 1973 y posteriores.

Ahora bien, es necesario tomar conocimiento del **imputado** y la **víctima**, como señala en el inc. 1), del mencionado artículo para luego fijar la pena entre los límites de la misma como dispone el inc. 2), también del mismo artículo.

Para mi constituye una base fundamental, que necesariamente debe tomarse en cuenta la “**gravedad del hecho**”, de ahí que he tomado estos antecedentes, como en el caso citado, que más adelante comentaré detalladamente y demostraré que tanto en el Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal de 1962-1964, Código de Procedimiento Penal de 1973 y el actual no han tomado en cuenta la “**gravedad del hecho**”, como requisito fundamental para interponer una medida cautelar de carácter personal, que asegure realmente la presencia del **imputado** en el proceso.

El Anteproyecto citado, en su art. 38 en los incs. a) y b), señalan parámetros que el juez debe tomar en cuenta para determinar la personalidad del **imputado**, empero creo más importante con relación al tema de mi tesis el inc. 2) del art. 38 del citado Anteproyecto, que señala: que para determinar la “**gravedad del hecho**” deben tomarse en cuenta **la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño causado y el peligro corrido**; de los cuales, los más importantes serían **la naturaleza de la acción y el daño causado**.

Con respecto a la “**naturaleza de la acción**”, es necesario señalar, que en la mayor parte de los casos implica considerar en el delito que se comete: qué acción se ha cometido, cuáles son sus consecuencias y según éstos el hecho es calificado; como por ejemplo, en el delito de asesinato, con la muerte de la persona, **la naturaleza de la acción** sería: si se utiliza alevosía, ensañamiento, cómo se ha cometido; lo propio ocurre en las lesiones: si se utiliza instrumentos o no, qué clase de objetos, la naturaleza de éstos, las consecuencias sufridas por la **víctima**, lo propio con los objetos robados la magnitud de los mismos.

Estos elementos fácticos, que son extraídos de la **naturaleza del hecho** cometido nos dan la posibilidad de una correcta calificación del delito, así por ejemplo en el delito de asesinato tipificado en el art. 252, cuando se utiliza el ensañamiento, alevosía y ventaja, en la muerte que da una persona a otra, el hecho es calificado como asesinato.

Igualmente si se utilizan objetos punzo cortantes y depende de la magnitud de la herida, la lesión sería calificada como lesión gravísima.

Lo propio en el robo el daño que se causa a la **víctima**, la cantidad y calidad y valor de los bienes apropiados; magnitud ésta que podrá permitir la calificación de robo agravado.

Estos son algunos ejemplos que se pueden utilizar en la calificación de la **naturaleza de la acción**, que necesariamente debe ser observada en los delitos, para ver la intensidad del mismo y hasta **la proporción del hecho y el daño causado**.

Esto tiene gran importancia para efectos de conceder o negar la libertad provisional, que lamentablemente el Código de Procedimiento Penal, no toma en

cuenta y que es el aspecto central que observo en esta tesis, que lo desarrollaré posteriormente, sin embargo he querido referirme.

2.2. Código Penal De 1973 Decreto Supremo 10772 de 16 de Marzo De 1973, puesto en vigencia el 6 de Agosto de 1973

Por Decreto Ley N° 10426 de 23 de agosto de 1972 años, tanto el Código Penal como el Código de Procedimiento Penal, debieron entrar en vigencia el 2 de abril de 1973, como homenaje a la vigencia de los Códigos Santa Cruz, sin embargo por la situación que atravesaba el país y ante todo en el aspecto judicial, no fue posible que este Código ni el Código de Procedimiento Penal, entraran en vigencia, en la fecha antes señalada, y fue recién que por Decreto Supremo 10772 de 16 de marzo de 1973, entraron en vigencia desde el 6 de agosto de 1973.

El Código que me ocupa, no ha cambiado en nada el precepto señalado de su Anteproyecto, analizado anteriormente; es así que incluso en los artículos **37.- (Fijación de la pena)** y **38.- (Circunstancias)**, se repite la norma transcrita anteriormente, sin alteración de ninguna naturaleza; de ahí que me remito al mismo comentario, para demostrar posteriormente que también la disposición señalada se mantiene en los otros Códigos y se respetan en las modificaciones.

2.3. Código Penal, Ley 1768 de 10 de Marzo De 1997

Con relación a la Ley 1778 de 18 de marzo de 1997, lo único que hace es elevar a rango de Ley el Código Penal, puesto en vigencia el 6 de agosto de 1973; de igual manera los preceptos de los artículos 37.- (Fijación de la pena) y 38.- (Circunstancias), son exactamente los mismos, sin variación alguna, esto significa, que el codificador no ha hecho modificación alguna. Por otro lado es sumamente

importante, considerar que la **“gravedad del hecho”**; así como los motivos que determinan la comisión del delito, están bajo la facultad de la consideración del juez, para apreciar adecuadamente el hecho, así como para la imposición de la sanción y para que exista la proporcionalidad adecuada entre el hecho y la sanción; porque al decir de **José Cerezo Mir** (anteriormente citado): **“la pena tiene su fundamento en la gravedad del delito cometido, es decir en la medida de lo ilícito y de la culpabilidad”**, de ahí que en la Exposición de Motivos del actual Código Penal, cuando hace referencia a los aspectos esenciales de las modificaciones introducidas, en su punto 7 dice:

- a) La imposición de la pena requiere que la conducta típica antijurídica sea reprochable a su autor.
- b) El agente sólo responderá de una consecuencia más grave de su conducta, si esta consecuencia ha sido ocasionada por una conducta atribuible al autor por lo menos a título de culpa.³⁰

Lamentablemente como analizaré posteriormente esta **“gravedad del hecho”**, no es tomada en cuenta en el Código de Procedimiento Penal actual, aspecto este al que me referiré oportunamente.

2.4. Anteproyecto Del Código De Procedimiento Penal de 1962-1964

De los antecedentes del Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal de

1962-1964, me he ocupado en el punto 1.4, del Capítulo I, en la página 43, en lo concerniente al tema objeto de ésta Tesis, las disposiciones pertinentes son las que transcribo y analizo a continuación:

³⁰ CODIGO PENAL BOLIVIANO, “Exposición de Motivos de la Ley N° 1768 de Modificaciones al Código Penal”, Lib. Edit. América, año 2000, Pág. 13.

Título V De las Medidas Jurisdiccionales

Capítulo II De la Detención Preventiva

Art. 527 (Finalidades).- La detención preventiva tiene por objeto evitar que el Imputado eluda la acción de la justicia y el peligro de que realice maniobras capaces de destruir la prueba y ocultar la verdad sobre el hecho, así como garantizar la eventual ejecución de la pena.

Del precepto señalado anteriormente, puedo deducir que son cuatro los motivos principales que se establecen:

a) evitar que el imputado eluda la acción de la justicia.- Más aun en nuestro medio, aspecto que ha sido avizorado desde el Anteproyecto del Código Penal, que comenta que con facilidad el Imputado ha eludido siempre la acción de la justicia, por no responder de su hecho o por la facilidad que ha existido siempre de salir del país, es más ocultarse en el mismo, dada la dificultad que aún existe de las comunicaciones que no han sido ni son hasta el presente fluidas.

b) el peligro que realice maniobras capaces de destruir la prueba.- Con la finalidad de encubrir el propio acto, es frecuente que en nuestro medio ante la ausencia de la eficacia de la policía, el **imputado** oculte la prueba evitando de esa manera la demostración de la existencia de su hecho delictuoso, más aún, si no se tenía ni aún se tiene los medios adecuados para preservar la escena o el lugar del hecho, o la recolección de la prueba en forma oportuna y eficaz; de ahí que los anteproyectistas han visto por conveniente reducir la libertad del **imputado**, con **el propósito de ofrecer a la sociedad un proceso más adecuado a la realidad.**

c) ocultar la verdad sobre el hecho.- Precisamente a las maniobras de que el Imputado puede estar en libertad de la posibilidad de que pueda ocultar la verdad sobre el hecho, aunque esta apreciación tiene un carácter subjetivo, pero no es menos cierto de que con frecuencia ocurre en la práctica y toda vez que el objeto es ocultar la verdad del hecho y para evitar este ocultamiento es que el legislador, ha puesto como requisito de la finalidad de la detención preventiva.

d) garantizar la eventual ejecución de la pena.- En el cumplimiento de este requisito se puede determinar que con la presencia del **imputado** se pueda garantizar en el proceso y la eventual ejecución de la pena.

De la lectura del Anteproyecto que me ocupa, se puede establecer que los autores del mismo no han desconocido el principio de la libertad, en este caso del Imputado, pero al parecer han querido poner condiciones de igualdad entre la **víctima** y el **imputado**, porque es una de las maneras de garantizar la administración de justicia, y como ellos mismos señalan en la Exposición de Motivos, que ha sido el propósito de buscar la seguridad jurídica, para garantizar la igualdad de las partes, la imparcialidad del Juez y la rectitud del fallo, además de que el **imputado** al verse constreñido con la posible detención buscaba una reparación del daño causado, reparación que en muchos de los casos busca la **víctima**, para satisfacer las consecuencia sufridas por el delito.

Otro de los artículos, del mismo Anteproyecto, concerniente al tema de esta Tesis, y que también es motivo de análisis, es el siguiente:

Art. 528 (Casos en que procede).- Para que proceda la detención preventiva no se requiere necesariamente la comprobación de la

existencia del cuerpo del delito, ni la demostración de la responsabilidad del autor o de sus partícipes. El Juez podrá decretar esta medida si concurren los siguientes requisitos:

- 1) Que la infracción penal se halle en vías de investigación ante el Juez que hubiere dictado el auto inicial de la instrucción.
- 2) Que el hecho merezca las penas de presidio o reclusión.
- 3) Que existan contra el imputado indicios manifiestos y graves de haberlo cometido.

El Juez podrá también decretar la detención domiciliaria de las personas nombradas en el artículo 58 del Código Penal, si estuvieren comprendidas en los casos previstos por dicha disposición, bajo vigilancia policiaria.

Como complemento a la anotación anterior, puedo señalar que los codificadores, siguiendo a las finalidades de la detención preventiva, han señalado, los requisitos que deben ser cumplidos para disponer la detención preventiva en el artículo 528, los cuales son:

- a) El Anteproyecto señala que **no se requiere la existencia del cuerpo del delito**, que deben demostrarse conforme lo determina el art. 365.- (Medios de comprobación) del Anteproyecto, este se refiere a los objetos materiales y los indicios dejados en la comisión del delito.

Si bien en la actualidad los Códigos modernos no dan una definición de lo que es el cuerpo del delito, para evitar confusiones entre los objetos materiales del delito y lo que la doctrina prescribe como “un concepto racional filosófico”, al respecto el célebre D’ Aguessau³¹ decía **“el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo, cuya existencia estuviera establecida por el testimonio de testigos de fe, concordados entre sí y perseverando en sus disposiciones, incapaces de variar y afirmando a la justicia que se ha cometido un crimen”**. O sea, que el cuerpo del delito es la comprobación del mismo delito.

³¹ Citado por José Flores Moncayo, en “Derecho Procesal Penal”, Edit. “Gramma Impresión”, La Paz - Bolivia, 1985. Pág. 233.

Señalo el concepto de lo que es el **cuerpo del delito**, porque los anteproyectistas han previsto que aún antes de comprobar la existencia del cuerpo del delito, procede la detención con las finalidades antes indicadas, esto es hacer posible la presencia del **imputado** en el proceso.

b) Si bien la disposición del art. 528 antes citada, resulta muy lata al señalar: **que el hecho merezca pena de presidio o reclusión**, para saber con exactitud en que consisten estos enunciados, debo recurrir al Anteproyecto del Código Penal, que al respecto dice:

**art. 27.- (Privativas de libertad).-
inc. 1º señala que el presidio “se aplicará a los delitos que revistan mayor gravedad y tendrá una duración de 1 a 10 años, excepto en los delitos de parricidio, asesinato y traición a la Patria, que de acuerdo a la Constitución, están sancionados con 30 años, sin derecho a indulto, y en los de concurso, cuyo máximo no podrá en ningún caso exceder de 15 años.”³²**

En esta disposición se puede apreciar claramente que los elaboradores del Anteproyecto, han tenido ya, la visión de que la **detención procede** por los **delitos de mayor gravedad**.

Igualmente los anteproyectistas, han previsto que no procede la libertad en los delitos de concurso, porque el hecho va a constituir dos o más delitos, lo que aumenta la **gravedad del hecho** en detrimento de la **víctima**, es así que han determinado en los art. 44.- (Concurso ideal) y 45.- (Concurso real), (que por su importancia, serán objeto de análisis en el Capítulo III); de las Bases y Anteproyecto del Código Penal Boliviano, cuyo tenor es como sigue:

³² “Bases y Anteproyecto del Código Penal Boliviano”, Comisión Codificadora Nacional, Edit. Cajías, La Paz – Bolivia, 1964. Pág. 33.

Art. 44.- (Concurso ideal).- El que con una sola acción u omisión violare diversas disposiciones legales que no excluyan entre sí, será sancionado con la pena del delito más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte.

Art. 46.- (Concurso real).- El que con designios independientes, con una o más acciones u omisiones cometiere dos o más delitos, será sancionado con la pena más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta la mitad.

Por otro lado, es necesario, hacer mención al art. 533 referente a la Concesión o negativa, también del mismo anteproyecto:

Capítulo III De la Libertad

Art. 533 (Concesión o negativa)El imputado contra quien e hubiere dictado orden de detención preventiva, podrá solicitar libertad provisional bajo fianza y el Juez concederá o negará este beneficio, de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 534, 535 y 536.

Señalados estos antecedentes, ahora puedo manifestar, que los anteproyectistas del Código de Procedimiento Penal, han concordado con el Anteproyecto antes señalado para que el juez, a tiempo de conceder o negar el beneficio de libertad provisional al **imputado**, tome en cuenta la **gravedad del hecho**, de ahí que también es necesario que me refiera a dos aspectos fundamentales: sobre los **casos en los que no procede el beneficio**, como lo determina el art. 534 del Anteproyecto que me ocupa y los casos en los que procede el beneficio de libertad provisional, como lo describe el art. 535 también del mismo Anteproyecto.

Con estos breves antecedentes voy a referirme a cada uno de los casos señalados:

Art. 534 (Casos en que no procede este beneficio).- No procederá la libertad provisional:

- 1) Cuando el delito fuere flagrante y estuviere reprimido con pena de presidio o reclusión.
- 2) Cuando siendo flagrante el delito, mereciere una pena de presidio y existieren contra el imputado, indicios de culpabilidad.
- 3) Cuando el imputado fuere reincidente, delincuente habitual o profesional, o pesare contra él sindicación por el delito de incendio y existieren indicios de culpabilidad.

Corresponde hacer un comentario de cada uno de los incisos del precepto señalado:

- 1) Señala que el beneficio de libertad provisional no procede cuando el delito es flagrante y un delito es **flagrante**, en las condiciones que señala el artículo siguiente:

Capítulo IV Delito flagrante

Art. 331.- (Casos de delito flagrante).- Es delito flagrante:

- 1) Cuando fuese sorprendido el delincuente en el acto de estar cometiendo el delito.
- 2) Cuando acabado de cometerse, el delincuente fuere perseguido o detenido inmediatamente o dentro de un lapso no mayor de 24 hrs., en el que no se hubiere puesto fuera del alcance de sus perseguidores.
- 3) Cuando acabado de cometerse fuere descubierto mediante las armas, instrumentos, papeles y otros objetos y además el clamor popular lo señalare como autor.

En el caso del **delito flagrante**, según los proyectistas, **no procede la libertad provisional**, porque causa malestar, causa asombro, sobre todo porque quebranta la paz social, y más aún en el caso indicado o sea flagrante.

Lamentablemente el Código de Procedimiento Penal actual, no toma en cuenta como debería por la magnitud de su importancia a la flagrancia en las Medidas Cautelares de Carácter Personal, aspecto este que comentaré oportunamente.

La segunda parte del inc 1), del art 534 del Anteproyecto que me ocupa, señala claramente que las **Medidas Cautelares no proceden** en caso de que la pena este reprimida con presidio o reclusión, formas éstas de privación de libertad, que fueron comentadas anteriormente, al referirme al art. 27 en la primera parte; por otro lado, la privación de libertad que impone una sanción de hasta diez años, **refleja claramente la gravedad del hecho**, o sea que los anteproyectistas, han concordado las sanciones que impone el Código Penal, también el Anteproyecto con su respectivo procedimiento penal y no como ahora, que existe una absoluta falta de concordancia y se concede el beneficio de la libertad en las Medidas Cautelares , sin tomar en cuenta este aspecto principal, motivo de este trabajo de tesis, el cual es la **gravedad del hecho**.

2) El inc. 2) se refiere también al caso flagrante y que la sanción merezca pena de presidio en primer lugar; además de que existan contra el **imputado**, indicios de culpabilidad, o sea, que no procede el beneficio de libertad provisional cuando el delito merece pena de presidio de uno a diez años, esto es de conformidad al art. 27 del Anteproyecto del Código Penal, ya antes señalado, según este, el juez, para negar la libertad debió recurrir al Anteproyecto del Código Penal en el precepto antes

mencionado.

El mismo inc., en su segunda parte señala que existen “**indicios de culpabilidad**”, no basta sólo con la **gravedad del hecho** y que sea flagrante, sino que existan indicios que demuestren que el **imputado** es autor del delito. Si bien esto es una presunción de atribuírsele indicios de culpabilidad al **imputado** antes de que pudiera comenzar el proceso propiamente dicho, o sea, antes de entrar al “**plenario**” resulta que los anteproyectistas han hecho una

presunción anticipada, contraponiendo el derecho a la libertad amplia consagrada en la Constitución Política del Estado de la que debería gozar el **imputado**.

Al respecto volveré en la ampliación del comentario, cuando me ocupe pertinentemente en el Código de Procedimiento Penal de 1973.

3) El inc. 3), del precepto que comento se ocupa de varios aspectos, entre ellos puedo señalar:

a) La disposición del Anteproyecto, niega la libertad al **imputado** que sea reincidente, para tal efecto debo remitirme a la reincidencia considerada en el art. 41 del Anteproyecto del Código Penal, que a la letra dice:

Art. 41.- (Reincidencia).- Hay reincidencia siempre que el condenado en Bolivia o en el extranjero por sentencia ejecutoriada, cometa un nuevo delito si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena un plazo de cinco años.³³

b) En esta segunda parte se refiere a dos categorías de delincuentes que son **delincuente habitual y profesional**, ambas categorías se encuentran previstas en el Art. 42 del Código Penal que para una mejor comprensión transcribo seguidamente:

Art. 42.- (Delincuente habitual y profesional).- Será considerado delincuente habitual, el que habiendo cometido dos o más delitos en el país o fuera de él, perpetrare otro que revele una tendencia orientada hacia el delito en concepto del Juez, antes de transcurridos diez años desde la comisión del primero.

³³ “**Bases y Anteproyecto del Código Penal Boliviano**”, Comisión Codificadora Nacional, Edit. Cajías, La Paz – Bolivia, 1964. Pág. 37.

Se tendrá por profesional al delincuente que de su actividad antijurídica haya hecho un sistema de vida.

Esta categoría de delincuentes habituales y profesionales ha sido suprimida por el Código Penal actual.

c) También el precepto del Art. 534 del Anteproyecto que me ocupa, en su última parte o sea, en el inc. 3), señala como causas de negativa de libertad provisional, que pese sobre el **imputado** sindicación por el delito de incendio y existieren indicios de culpabilidad.

El incendio estaba previsto también en el Anteproyecto del Código Penal en el art. 206.

Seguramente los anteproyectistas del Código de Procedimiento Penal, para negar la libertad al Imputado, cuando existe sindicación por el delito de “**incendio**”, ha sido en atención a que el Anteproyecto del Código Penal lo toma como “**delito de peligro**”.

Art. 535.- (Casos en que procede).- Procederá la libertad provisional:

1) En los casos no comprendidos en las prohibiciones del artículo anterior.

2) En favor del imputado sobreseído.

3) A favor del acusado absuelto y del que hubiere cumplido su condena mientras se resuelva los recursos ordinarios o extraordinarios que admitiere la causa, así como del procesado que por las demoras del juicio y aún antes de sentencia, hubiere sufrido, en condición de detenido, un apena equivalente por lo menos al término medio de la señalada por ley al delito que se juzga.

4) A favor de los mayores de setenta años, de las mujeres, de los menores de veintiuno y de los religiosos de grados mayores, aún tratándose de delitos por cualquier pena privativa de libertad, salvo el caso de la concesión de dicho beneficio con respecto a las personas anteriormente nombradas, pudiere significar un peligro para la seguridad social por sus antecedentes y condiciones de vida.

Lo que corresponde sobre este artículo, es lo siguiente:

- a) A favor del Imputado sobreseído, esto es que hay que recurrir al inc. 2) del art. 566 de dicho anteproyecto **“cuando se ha dictado auto de sobreseimiento por falta de materia justiciable”** y al inc. 3) auto de sobreseimiento definitivo por falta absoluta de indicios y presunciones de culpabilidad.
- b) Por el acusado absuelto y por el que ha cumplido su condena.
- c) A favor de los mayores de sesenta años, de las mujeres y de los menores de veintiuno y de los religiosos en grados mayores.

Con relación a esta disposición, me reservo el comentario de la misma para hacerlo en ocasión de ocuparme del Art. 196 del Código de Procedimiento Penal de 1973, Decreto Ley No. 10426 de 6 de agosto de 1973, puesto que es el mismo precepto, con excepción del inc. 1), del artículo antes transcrito.

Art. 536.- (Apreciación de pruebas).- Se reconoce a los jueces la facultad de apreciar las pruebas del proceso, a efecto de conceder o negar el beneficio de libertad provisional, cuando el delito que motivare la persecución del Imputado estuviere reprimido con privación de libertad, sin que esta apreciación importe juzgamiento.

2.5. Código de Procedimiento Penal de 1972, Decreto Ley No. 10426 de 6 de Agosto de 1973

Este Código de Procedimiento Penal, debió entrar en vigencia en 1972, pero recién entró en vigencia el 6 de agosto de 1973, mediante Decreto Ley N° 10426.

Con relación a las Medidas cautelares en ese entonces este código las denomina: “**Medidas Jurisdiccionales**”, y se ocupa de estas en el Título V, Capítulo II **De la Detención Preventiva**, Art. 194.- (Casos en que procede), así como en el Capítulo III De la Libertad Provisional en el Art. 196.- (Casos en que procede).

Ahora bien, me referiré a la **detención preventiva** del Código de Procedimiento Penal de 1973, precisamente a la disposición del Art. 535 del Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, ha sido tomada en cuenta en por el art. 194 del Código de Procedimiento Penal de 1973 y aquí existe un cambio fundamental, como se puede apreciar:

Capítulo II

De la Detención Preventiva

Art. 194.- (Casos en que procede).- La detención preventiva sólo procederá cuando el delito merezca pena privativa de libertad, cuyo máximo exceda de dos años y existan contra el Imputado indicios

manifiestos y graves de haberlo cometido. También procederá en los casos de accidentes de tránsito que hubieren ocasionado la muerte o lesiones graves de personas, así como cuando el Imputado fuere delincuente habitual o reincidente.

Analizando este precepto, puedo señalar: que cuando el delito merezca pena privativa de libertad, cuyo máximo exceda dos años y existan contra el **imputado**, indicios manifiestos y graves de haberlo cometido.

También procederá en los casos de accidentes de tránsito, que hubiera ocasionado la muerte o lesiones graves de personas.

Finalmente, vuelve a repetir la disposición del Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal antes comentada, en el que procede la detención cuando el **imputado** fuere delincuente habitual o reincidente.

Ahora bien para determinar cuando es delincuente habitual o reincidente debo remitirme a lo señalado en los Arts. 41.- (Reincidencia) y 42.- (Delincuente habitual y profesional) citados precedentemente en la página 78.

Capítulo III De la Libertad Provisional

Art. 196.- (Casos en que procede).- Procederá la libertad provisional:

1) Cuando el delito o los delitos imputados estén reprimidos con pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de cuatro años.

2) En favor del imputado sobreseído.

3) En favor del acusado absuelto y del que hubiere cumplido su condena mientras se resuelvan los recursos ordinarios o extraordinarios que admita la causa, así como el procesado que por las demoras de juicio y aún antes de sentencia, hubiere sufrido en calidad de detenido, una pena equivalente por lo menos al término medio de la señalada por la ley al delito que se juzga.

4) En favor de los mayores de sesenta años, de las mujeres de dieciocho años y de los religiosos de grados mayores, aún tratándose de delitos reprimidos por pena privativa de libertad, salvo el caso de que la concesión de dicho beneficio con respecto a las personas anteriormente nombradas, significare un peligro para la seguridad social por sus antecedentes y condiciones de vida.

El art. 196 del Código de Procedimiento Penal de 1973, repite casi exactamente el precedente art. 535 del Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal de 1962 – 1964, señala solamente que se agrega en el inc. 1) que los delitos imputados están reprimidos con pena privativa de libertad, cuyo máximo exceda de cuatro años.

2.6. Ley de Fianza Juratoria Contra la Retardación de Justicia Penal, Ley No. 1685 de 2 de Febrero de 1996

La Ley de Fianza Juratoria Contra la Retardación de Justicia Penal, Ley N°. 1685, fue promulgada durante la presidencia de Gonzalo Sánchez de Lozada, el 2 de Febrero de 1996.

En cuanto a esta Ley, debo referirme a varios aspectos de importancia, así por ejemplo, modifica disposiciones señaladas en el Código de Procedimiento Penal:

a) Deroga el art. 194.- (Casos en que procede la libertad provisional) del Código de Procedimiento Penal de 1973.

La referida Ley de Fianza Juratoria Contra la Retardación de Justicia Penal, en su art. 20 deroga el art. 194 del Código de Procedimiento Penal de 1973, en su lugar se sustituye por el art. 3.- de dicha ley que dice:

Artículo 3°.- (Detención Preventiva).-Recibida la indagatoria del imputado el Juez podrá ordenar su detención preventiva tratándose de delitos que tengan prevista pena privativa de libertad cuyo máximo legal exceda de 2 años y existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en el, y además:

- 1. Exista fundada presunción, por apreciación de las circunstancias del caso particular, que el imputado no se someterá al procedimiento o dificultará la averiguación de la verdad, o**
- 2. Continuará con actividades delictivas.**

Esta disposición también se aplicará a los procesos por delitos de acción privada, en los casos que corresponda.
Las formalidades de la detención preventiva se rigen por los arts. 195 del Código de Procedimiento Penal y 6 de la presente Ley.

Como se puede observar, este precepto, no cambia en nada el art. 194 derogado y continúa el motivo de detención para los delitos que tengan pena privativa de libertad cuyo máximo exceda de dos años.

Igualmente, al artículo precedente, corresponde: el hecho de que existan suficientes **indicios de culpabilidad** implica que el imputado **es con probabilidad autor o partícipe** de un hecho punible; sin embargo en la actualidad se distorsiona esta acepción de la existencia de **“suficientes indicios de culpabilidad”**, que nos conducen a creer que el **imputado** es con probabilidad

autor de hecho; ahora bien, si el hecho **reviste gravedad** y existen “**suficientes elementos de convicción**” y en atención a la finalidad de la misma institución de las Medidas Cautelares, cuyo fin es hacer posible la permanencia del **imputado** en el proceso, no veo porque no tenga que tenerse en cuenta en la Ley esta observación que la repito frecuentemente y que es motivo de la tesis, ya que lo contrario significaría también **otra probabilidad de que el autor pueda fugar**, esto significaría en primer lugar un trámite para declarar su rebeldía y dadas las facilidades, que incluso pueda salir del país, por lo que aumentan las consecuencias negativas para la sociedad y en particular para la **víctima**. En este sentido creo firmemente que es necesario poner en equilibrio o sea refiriéndome al Principio de Igualdad, señalado expresamente en la Constitución Política del Estado, en el Art. 6 parágrafo I, “**que se refiere a la personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes, y la igualdad sin distinción de ninguna naturaleza...**”, que también concuerda con el art. 12 del Código de Procedimiento Penal, hace referencia a la igualdad de partes para ejercer en el proceso.

b) Así también, deroga el inc. 1) del art. 196 del Código de Procedimiento Penal.

c) Por este mismo art. 20 de la Ley de Fianza Juratoria, modifica el inc. 3) del artículo del Código de Procedimiento Penal, quedando redactado de la siguiente manera:

**Art. 196.- (Casos en que procede).- Procederá la libertad provisional:
3) A favor del acusado absuelto y del que hubiere cumplido su condena aún cuando la sentencia estuviere pendiente de recursos ordinarios o extraordinarios que admita la causa.**

Los artículos de esta Ley de Fianza Juratoria, que merecen análisis por la importancia que tienen al estar relacionados con el tema de esta tesis, son los siguientes: **art. 12.- (Imprudencia de la Libertad Provisional)**, **art.13.- (Riesgo de fuga)** y **art. 14.- (Riesgo de Obstaculización)**, los cuales transcribo y analizo a continuación:

Artículo 12°.- (Imprudencia e la Libertad Provisional)

No procede la libertad provisional.

- 1. Cuando el delito o los delitos imputados estén reprimidos con pena privativa de libertad cuyo mínimo legal sea mayor a dos años o una pena más grave; o**
- 2. Cuando hubieren vehementes indicios que el encausado tenderá a eludir la acción de la justicia fugándose, u obstaculizará la averiguación de la verdad, o hubieran indicios, igualmente graves por sus antecedentes, que éste continuará con actividades delictivas.**

En la mencionada Ley, se puede advertir que al ser aplicadas, existen todas las facilidades de otorgar los más amplios derechos del **imputado**, que va en detrimento de **la víctima que está disminuida en sus derechos**, pero lo que es más interesante aún para el tema que me ocupa, es que esta Ley tampoco considera la **gravedad del hecho**, porque según esta puede haber mayores consecuencias contra la **víctima**; el no considerarla en la Ley, es favorecer al **imputado**, quebrantando el equilibrio consagrado en el art. 6.- de la Constitución Política del Estado y el art. 12 del Código de Procedimiento Penal, antes comentado, o sea que el **imputado** y la **víctima** no están en igualdad de condiciones procesales, puesto que se favorece al primero y va en detrimento de la segunda.

Esta Ley de Fianza Juratoria, se puede considerar como el inicio de otorgar los más amplios derechos al **imputado**, sin embargo, hasta el presente, en la práctica no se han tenido resultados favorables, al contrario el **imputado** es favorecido con estas medidas, que dan una amplia libertad, en la mayoría de los casos se concluye con su fuga.

Esta facilidad que la Ley ha otorgado al **imputado** ha hecho que en la práctica, en gran parte de los delitos de **mayor gravedad**, una vez que se les ha **otorgado la libertad provisional** con esta ley, los **imputados han fugado**, haciendo mas difícil seguir el proceso contra ellos, puesto que debió en primer lugar declararse su rebeldía, que ahora con el Código de Procedimiento Penal en vigencia no se puede seguir el proceso contra el declarado rebelde y en segundo lugar como consecuencia de la fuga, implicaba que tanto el **imputado como el hecho** queden impunes, es decir su juzgamiento, menos aún su castigo, con lo que **se aumenta** el perjuicio o daño a la **víctima**.

La práctica ha demostrado que en muchos casos en la ciudad de La Paz, ante todo en los delitos de mayor gravedad, una vez que se les ha otorgado la libertad provisional de acuerdo a la referida Ley de Fianza Juratoria, han fugado, con las consecuencias antes señaladas, aspecto que ha llevado a un **descontento** y ante todo **inseguridad jurídica** porque la ley no ha buscado un equilibrio entre la **víctima** y el **imputado**.

Esta es una razón preponderante que fundamenta, el porqué es necesario tener en cuenta: la **gravedad del hecho**, como lo determina el inciso 2) del Art. 38 del Código Penal, porque el precepto señala que el Juez deberá tomar en cuenta **la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido**, por el riesgo que este implica para la sociedad y ante todo para la **víctima**, sobre la que ha recaído el delito.

Es precisamente este punto central de mi tesis, que no ha sido tomado en cuenta, tanto por la Ley de Fianza Juratoria, como por el actual Código de Procedimiento Penal, por ser garantista; olvidando la **gravedad del hecho** que recae sobre un sujeto, que es la **víctima** y en consecuencia, no están en igualdad de condiciones o en igualdad procesal porque favorece al **imputado** y no así a la **víctima**.

Otro de los artículos de la Ley de Fianza Juratoria, nombrado precedentemente, que también es objeto de análisis es el que transcribo seguidamente:

Artículo 13º.- (Riesgo de fuga)

Para decidir acerca del riesgo de fuga, el juez tendrá en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1. El establecimiento en el país fijado por el domicilio, residencia, asiento de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.**
- 2. La pena que se espera como resultado del proceso.**
- 3. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior en la medida que indique su voluntad de no someterse a la acción penal.**

Este artículo se refiere al **domicilio establecido en el país** o sus **principales actividades** y las **facilidades**, para abandonar definitivamente el país o **permanecer oculto**.

Estos elementos que señala la Ley de Fianza Juratoria, son sumamente subjetivos y por tanto de igual forma favorecen al **imputado**, porque de todas formas se va demostrar que este tiene un domicilio conforme lo determina el Art. 24.- (Determinación del domicilio) del Código Penal, pero igualmente puede ausentarse definitivamente del país o propio permanecer oculto.

En cuanto a la pena que se espera como resultado, es aún más subjetivo puesto que si no está presente el **imputado**, no se puede esperar una pena y esto va a incidir en la **gravedad del hecho**, porque a mayor gravedad del hecho, el mismo Código de Procedimiento Penal señala penas más graves y la pena más grave ha posibilitado que pueda fugarse.

En cuanto al inc. 3), del mencionado artículo, resulta también subjetivo manifestar permanecerá o no en el proceso y es precisamente que ante la mayor **gravedad del hecho** existe mayor posibilidad de fuga, porque el **imputado** va a conocer sobre las consecuencias que le pueden venir ante la comisión de un delito más grave, por lo que estando en libertad prefiere la fuga, pero esto va al fuero interno del **imputado**, no existe un indicador posible para que el Juez pudiera determinar su detención, es más, siempre se acogerá al “**principio de favorabilidad**” previsto en el Art. 4.-(En cuanto al tiempo) y Art.33º de la Constitución Política del Estado, que establece la **retroactividad de la ley**, puesto que estaba ya favorecido, con las facilidades otorgadas por el artículo que comento.

En relación al “riesgo de obstaculización” la Ley de Fianza Juratoria, hace referencia al respecto, en el art. 14, que a la letra dice:

Artículo 14º.- (Riesgo de obstaculización)

Para decidir acerca del riesgo de obstaculización en la averiguación de la verdad, el juez tendrá en cuenta la grave sospecha de que el imputado:

- 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos probatorios; o**
- 2. Influirá para que otros coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera maliciosa o reticente; o**
- 3. Inducirá a otros a incurrir en los comportamientos previstos en los numerales anteriores.**

En cuanto al **Art. 13.- (Riesgo de fuga)** antes comentado y al **Art. 14.-(Riesgo de obstaculización)** de la Ley de Fianza Juratoria, que ahora me corresponde analizar, igual comentario puedo hacer, porque están en las mismas condiciones, porque contienen elementos sumamente subjetivos, que no permiten al Juez, hacer una verdadera aplicación de la ley, salvando casos determinados, en los que se demuestre con elementos fácticos que el **imputado** está obstaculizando el

proceso y al no poderse demostrar estos elementos fácticos, en la mayoría de los casos se favorece al **imputado** existiendo la desigualdad procesal.

2.7. Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica

En atención al tema que me ocupa, puedo manifestar que, si bien el **Código Procesal Modelo para Iberoamérica**, señala, como principio fundamental la libertad personal, que es aceptable; empero creo que existe una falta de equilibrio entre los **derechos que se otorga al imputado y los de la víctima**. Naturalmente que es encomiable la libertad de **imputado** y que toda detención previa, constituye un anticipo de la pena, pero no olvidemos que ante la mayor gravedad de los hechos existe mayor posibilidad de fuga y consiguientemente quedan en la impunidad, tanto el hecho como el autor, aspecto que preocupa a toda la sociedad y que ha inspirado el motivo de mi trabajo.

Muchas instituciones del actual Código de Procedimiento Penal, no conciben con nuestra realidad, es decir están proyectadas para países desarrollados, en el caso del nuestro, el **Código Procesal Modelo para Iberoamérica**, debió ser adecuado a la idiosincrasia de nuestro país; lo que manifiesto tampoco implica que con el subdesarrollo no se deben dar las libertades necesarias; sino que más bien **debe guardarse el equilibrio o la igualdad entre los derechos del imputado, de los de la víctima** y por supuesto de la sociedad, aspecto este que será motivo de mayor análisis en el Capítulo III.

Para tal efecto, el **Código Modelo para Iberoamérica**, especifica y detalla lo mencionado anteriormente, en los artículos de su Apéndice, Art. 202.- (Prisión preventiva), Art.203.- (Peligro de fuga) y Art. 204.- (Peligro de obstaculización), que están relacionados con el tema de esta tesis y que a la letra dice:

Código Procesal Modelo para Iberoamérica
Libro Primero
Disposiciones Generales
Título III
Actividad Procesal
Capítulo 6
Medidas de Coerción

Art. 202 (Prisión Preventiva). Se podrá ordenar prisión, después de oído el imputado (arts. 41 y ss.), cuando medien los siguientes requisitos:

1) la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad,

autor de un hecho punible o participe en él (procesamiento);

2) la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

No se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos de acción privada, en aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera una pena privativa de libertad que deba ejecutarse. En estos casos sólo se aplicará las medidas previstas en los incs. 3 a 7 del art. 209, salvo lo dispuesto en el art. 379.

El auto que autoriza la prisión preventiva deberá fundar expresamente cada uno de los presupuestos que la motivan.

Art. 203 (Peligro de fuga). Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

1) arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;

2) la pena que se espera como resultado del procedimiento;

3) la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente frente a él;

4) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

Art. 204 (Peligro de obstaculización). Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

1) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;

2) influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente;

3) inducirá a otros a realizar tales comportamientos.³⁴

³⁴ MASSA Michele, SCHIPANI, Sandro, UN "Codice Tipo" Di Procedura Penale Per L' America Latina", Casa Editrice Dott Antonio Milani C.1994. Pag 445

De los artículos transcritos anteriormente, se evidencia que estas son las bases fundamentales que han inspirado al Código de Procedimiento Penal, donde son notorios los derechos a favor del **imputado**, que por descontado son importantes; muestro plena conformidad con ellos, empero toda vez que se trata de un **Código Tipo, o sea un modelo**, no es menos cierto que es necesario que se tome en cuenta la realidad nacional, que tiene que ser fundamental en la elaboración de la ley, en este caso, procesal penal.

Por lo que además, había necesidad de tomar en cuenta la gran facilidad que existe en el país, para salir del mismo, por sus amplias fronteras desprotegidas, además de un sistema de migración que todavía no está modernizado, así como la falta de comunicaciones por lo extenso que constituye el territorio y las múltiples fronteras, basta señalar los límites existentes con el Brasil, Paraguay, Argentina, Perú y Chile.

2.8. Código de Procedimiento Penal actual, Ley No. 1970 de 25 de Marzo de 1999

La Constitución Política del Estado, es la norma de mayor jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico, donde los derechos y garantías que en ella se consagran, exigen que la norma que reglamenta cómo se debe desarrollar el proceso penal, en este caso me refiero al Código de Procedimiento Penal en vigencia, las asimile y las plasme; el mismo que a su vez, tiene que respetar los **principios de igualdad, libertad de las personas y la dignidad humana** expresados en dicha Constitución.

2.8.1. Igualdad

Uno de estos principios consagrados en la Constitución Política del Estado, que guarda relación con el tema de esta tesis, porque establece claramente la “**igualdad de las personas**” sin distinción alguna, es precisamente es el siguiente:

Art. 6º

I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera.

II. La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.

Esta “**igualdad**”, es genérica para todos, sin embargo es necesario tomar en cuenta también el Art. 12.- (Igualdad) del Código de Procedimiento Penal, que transcribo a continuación:

Art. 12.- (Igualdad).- Las partes tendrán igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y derechos que les asisten.

A su vez este artículo, como complemento al Art. 6º de la Constitución Política del Estado; establece la **igualdad procesal**, que tanto el **imputado** como la **víctima** deben tener, es decir **igualdad** de oportunidades, que tengan ambos, las mismas posibilidades y garantías en el proceso penal.

Los preceptos señalados, tienen su base filosófica en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, de 10 de diciembre de 1948, en el Documento 8, artículos 1 y 2, que consagran la **igualdad** de las personas sin distinción; así también en el preámbulo del mismo documento, se señala esta base.

Por otra parte, puedo señalar que la **Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (Costa Rica)**, suscrita en fecha 22 de noviembre de 1969, en su artículo 24, también trata acerca de la **igualdad**, de las personas ante la ley, por lo que tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.

De los principios citados precedentemente, se deducen dos aspectos fundamentales: la **igualdad procesal** que debe primar; pero que no es así, puesto que de las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, motivo de estudio del presente trabajo, se demuestra que el **imputado**, tiene más derechos que la **víctima**, lo que le posibilita o facilita la libertad, en cambio la **víctima**, no tiene los mismos derechos.

Esta falta de **igualdad**, determina que el codificador no ha tomado en cuenta la **gravedad del hecho**, que observo en este trabajo; es por esta razón, que me refiero a los principios señalados.

2.8.2. Presunción de Inocencia

Otro aspecto, ligado estrechamente con el objeto de estudio de este trabajo, por su importancia, también esta consagrado en nuestra Constitución Política del Estado y que trata de la “**presunción de inocencia**”, establecido en el Art. 16, el cual, en su párrafo I, señala:

I. “Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad”

De igual manera el Código de Procedimiento Penal, como complemento al párrafo I del Art. 16.-, antes citado, también hace referencia a la “**presunción de Inocencia**”, cuyo tenor es como sigue:

Art.-16 (Presunción de inocencia).-“Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada. No se podrá obligar al imputado a declarar en contra de sí mismo y su silencio no será utilizado en su perjuicio.

La carga de la prueba corresponde a los acusadores y se prohíbe

toda presunción de culpabilidad.

En el caso del rebelde, se publicarán únicamente los datos indispensables para su aprehensión”.

Igualmente quiero hacer notar, que los documentos de referencia, o sea la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** y la **Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (Costa Rica)**, se refieren a la **Presunción de Inocencia** en sus artículos 11 y 8 párrafo 2.

Artículo 11.-

1) Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. ³⁵

Aceptemos, este principio a favor del **imputado**, empero el Juez, debe aplicar la **igualdad**, en ambos sujetos, en el **imputado** y en la **víctima**, pero la práctica demuestra que se aplica sólo a favor del **imputado**; este **principio de inocencia**, no toma en cuenta para nada el hecho mismo y en consecuencia su naturaleza, puesto que lo está favoreciendo y por lo señalado en el artículo 128 de la Constitución Política del Estado, así como en el artículo 129, que establece que deben aplicarse primero los principios; y el **principio de inocencia**, tiene preferente aplicación, como es lógico y al aplicarlo sobre los derechos de la **víctima**, el juzgador ya no procede con la **igualdad** como consagra el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal.

³⁵ “LAS NACIONES UNIDAS Y DERECHOS HUMANOS”, 1945 – 1995, Impreso por la Sección de Reproducción de las Naciones Unidas., Nueva Cork, año 1995, Pág.168, 271.

Este es un problema, ante todo en la aplicación de la ley, pero para que haya mayor eficacia, es necesario que el Código de Procedimiento Penal, también tome en cuenta la **gravedad del hecho**, porque de ese modo se asegura la actuación del **imputado**, y se podrá hacer una aplicación racional de la ley y por lo tanto estaremos dentro del marco del debido proceso, porque al no aplicar en **igualdad de condiciones** el debido proceso, se favorece al **imputado**, quebrantando el **principio de igualdad**, en detrimento de la **víctima**.

Hago referencia, a éstos principios, porque al aplicarlos preferentemente, como he manifestado, los operadores de justicia, o sea, los jueces olvidan el hecho y es necesariamente al referirme al **estado de inocencia**, que debe ser sopesado en **igualdad de condiciones**, con los principios que favorecen al **imputado**, sin olvidar a la **víctima**, **la naturaleza del hecho**, **los medios empleados**, **el daño causado y el peligro corrido**, que si bien lo consagra el artículo 38 del Código Penal, no se aplican correctamente por la ausencia de una disposición pertinente en el Código de Procedimiento Penal.

Estos son los razonamientos fundamentales en los que me baso, para de este modo lograr en el Código de Procedimiento Penal, la inclusión de una disposición que considere la **gravedad del hecho**, en las Medidas Cautelares de Carácter Personal.

Pasando a otro punto, el cual está referido a las características de las medidas cautelares, **Silvia Barona**, sostiene que ***“toda medida cautelar que no revista los caracteres de la instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad y variabilidad no es medida cautelar, además del proclamando carácter restrictivo que debe regir la adopción de la tutela cautelar personal en el proceso penal”***.

2.8.3. Características de las Medidas Cautelares

Si bien, la doctrina no ha llegado a ponerse de acuerdo sobre cuántas y cuáles son las denominaciones de las características propias de las medidas cautelares; nuestra legislación ha concatenado su enumeración, tratando de encontrar un vocabulario uniforme y correcto; las cuales al respecto son:

a) **Excepcionalidad**, en vista del derecho preeminente a la libertad personal y al derecho a la presunción de inocencia ³⁶;

De lo anterior, puedo señalar, que el Código de Procedimiento Penal, en su art. 7.- (Aplicación de la medidas cautelares y restrictivas), dispone que: ***“la aplicación de medidas cautelares establecidas en el Código será excepcional...”***; en concordancia con dicha norma el art. 221.- (Finalidad y alcance), de la misma ley, establece que: ***“la libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código, sólo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley...”***; en consecuencia, de las normas referidas subyace el siguiente principio: la libertad es la regla y su privación es la excepción.

Al respecto, cabe hacer notar, la importancia de los preceptos señalados anteriormente, cuyas bases también se asientan en el **“Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y tratamiento del delincuente”**³⁷, inc. c), que establece lo siguiente: ***“Antes de adoptar una***

³⁶ **POMAREDA DE ROSENAUER**, Cecilia “Codigo De Procedimiento Penal”, Materiales y Experiencias de talleres de capacitación, Impresión Creativa, Bolivia, 2003 GTZ, Pág. 85.

³⁷ El Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, se realizó en la Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Derechos Humanos y Prisión preventiva, Manual de Normas Internacionales en materia de prisión preventiva, Naciones Unidas, Nueva Cork y Ginebra, 1994.

* Las mayúsculas me corresponden.

decisión respecto de la prisión preventiva, SE TOMARÁN EN CONSIDERACIÓN LAS CIRCUNSTANCIAS DE CADA CASO, EN PARTICULAR LA ÍNDOLE Y GRAVEDAD DEL PRESUNTO DELITO, LA IDONEIDAD DE LAS PRUEBAS, LA PENA QUE CABRÍA APLICAR, así como la conducta y la situación personal y social del acusado, incluidos sus vínculos con la comunidad....”.

De lo que se evidencia que, el **carácter excepcional**, en las medidas cautelares de carácter personal, sólo se puede suspender cuando haya peligro de fuga, u obstaculización de la justicia.

A la **gravedad**, que se refiere, la misma que la he remarcado, no se traduce en el actual Código de Procedimiento Penal; de ahí que los jueces simplemente prefieren referirse al **peligro de fuga y peligro de obstaculización** (previstos en los arts. 234 y 235 del citado cuerpo legal), pero estos no sopesan, en la mayor parte de los casos la **gravedad del hecho** y la prueba existente, misma que en la práctica es considerada muy superficialmente, en atención de que para los jueces predomina el “**principio de inocencia**” .

Esta es la base fundamental, a la que me referiré en el Capítulo III, puesto que de aquí parte mi sugerencia para que **se introduzca en el Código de Procedimiento Penal una disposición que considere la gravedad del hecho**, con los fundamentos expuestos en el mencionado capítulo.

Otra característica, de las medidas cautelares; en mi criterio la más importante, por estar relacionada con la **gravedad del hecho**, objeto de estudio de este trabajo, es la:

b) “proporcionalidad”, porque deben estar en adecuada relación con el hecho que se imputa y con lo que se busca garantizar.

En cuanto a esta característica, puedo señalar en lo relativo al tema central de este trabajo, que tiene que existir una **adecuación entre la intromisión de una imputación delictiva en el derecho** (o sea, la imputación, que es condición sine qua non para la actuación del ius puniendi) **y la gravedad del hecho indagado**, o sea, que tenga que haber una investigación previa y en curso, sobre hechos delictivos graves; en este caso, sobre delitos cuya pena privativa de libertad sea igual o mayor a tres años, según establece el Código de Procedimiento Penal; por lo que la **proporcionalidad**, vendría a ser de observancia obligada para el juez; que dicho sea de paso, en la práctica no es así ; ya que sólo se permite proceder a la limitación o restricción de un derecho fundamental, en este caso como lo es el derecho a la **libertad de tránsito**; sólo excepcionalmente se toma la **gravedad del hecho**, ante todo cuando estos hechos delictivos tienen una repercusión social y son conocidos por los medios de comunicación, que más que por la **gravedad del hecho**, los jueces actúan en atención a la influencia de estos medios de comunicación, igualmente se basan principalmente en el sensacionalismo del momento, desconociendo en esencia la **gravedad del hecho, el peligro corrido y el daño causado**, y toman sus decisiones en la mayor parte de los casos -como tengo manifestado más arriba- basados en el peligro de fuga y peligro de obstaculización. Es así por ejemplo en los casos, en que los delincuentes han sido aprehendidos en forma flagrante, y el juzgador en aplicación estricta de las medidas cautelares, les ha concedido libertad, por el sólo hecho de contar, con algunos requisitos establecidos en el art. 234.-(Peligro de fuga), como ser trabajo, familia, y domicilio, aunque éste no esté exactamente determinado; en gran parte de los casos cuando el juez ha concedido la libertad, es lógico que los imputados se ven beneficiados y esto posibilita la fuga de los mismos; dejando sin efecto el sentido específico de las medidas cautelares de carácter personal, que es la inquebrantable necesidad de **asegurar la presencia del imputado para la**

conclusión del proceso; es más, **quedan impunes tanto el hecho y el imputado**, de lo que surge insatisfacción social, porque el Estado no cumple su función de perseguir el delito y sancionar al delincuente, peores consecuencias son aún para la **víctima**, que no tiene la remota posibilidad de que se le repare el daño.

De la misma forma del comentario realizado precedentemente, acerca de que el Código de Procedimiento Penal no toma en cuenta la **gravedad del hecho**, menos aún los jueces por la aplicación estricta del mismo y **como consecuencia tampoco se toma en cuenta la “proporcionalidad”**, de ahí lo que quiero establecer y hay necesidad de ello, es que como sugiero, es imprescindible la modificación de las medidas cautelares de carácter personal, mediante la inserción de un precepto que considere la **gravedad del hecho**; para que de este modo, el juez, a tiempo de conceder o negar la libertad al imputado, en atención a la **proporcionalidad**, considere que el **peligro de fuga** se acrecienta en la medida en que el **hecho imputado es de mayor gravedad** y, por tanto, la futura pena a imponer obviamente es más grave. Para evitar de esta manera, la frecuente fuga del **imputado** así como la obstaculización del proceso por parte del mismo y por tanto el resarcimiento de la **víctima**.

c) Instrumentalidad, ya que la medida cautelar no tiene una finalidad en sí misma y sólo puede adoptarse estando pendiente el proceso principal y por lo tanto, tienen una duración limitada en el tiempo³⁸; extinguiendo sus efectos o transformándose en medidas definitivas.

d) Revisabilidad, porque su imposición responde a una determinada situación de hecho existente al momento de adoptar una medida, que varía si las circunstancias que la motivaron

³⁸ **POMAREDA DE ROSENAUER**, Cecilia “Código De Procedimiento Penal”, Materiales y Experiencias de talleres de capacitación, Impresión Creativa, Bolivia, 2003 GTZ, Pág. 85

sufrieran modificaciones a lo largo del proceso, lo que la obliga a su alteración o revocación³⁹. Se entiende que las medidas cautelares, aún estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de las cosas para la cual se dictaron, es decir dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación del hecho que les dio origen.

e) Temporalidad, pues sólo puede adoptarse estando pendiente el proceso principal y tiene una duración limitada en el tiempo; ⁴⁰

Complementando, cabe señalar, que estas características, en cualquier momento pueden modificarse o extinguirse si se cumplen los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción.

El Código de Procedimiento Penal, en el art. 221.- (Finalidad y alcance), recoge su carácter provisional al disponer que *“estas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundada, según lo reglamenta este Código, y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación..”*; además según el art. 250.- (Carácter de las decisiones), señala: *“el auto que imponga una medida cautelar o la rechace es revocable o modificable, aún de oficio.”*

f) Jurisdiccionalidad, pues su aplicación se encuentra reservada exclusivamente a los jueces⁴¹.

El fundamento de las medidas cautelares en el proceso no es otro que el de garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria, y sólo pueden

³⁹ **POMAREDA DE ROSENAUER**, Cecilia “Código De Procedimiento Penal”, Materiales y Experiencias de talleres de capacitación, Impresión Creativa, Bolivia, 2003 GTZ, Pág. 85

⁴⁰ **POMAREDA DE ROSENAUER**, Cecilia “Código De Procedimiento Penal”, Materiales y Experiencias de talleres de capacitación, Impresión Creativa, Bolivia, 2003 GTZ, Pág. 85

⁴¹ **POMAREDA DE ROSENAUER**, Cecilia “Código De Procedimiento Penal”, Materiales y Experiencias de talleres de capacitación, Impresión Creativa, Bolivia, 2003 GTZ, Pág. 85

adoptarse por el órgano jurisdiccional competente y en casos excepcionales. La exclusividad jurisdiccional se pone de manifiesto cuando, por ejemplo, la ley condiciona en sentido de que el fiscal o el policía pueden ejecutar una detención siempre y cuando se haga con la advertencia de que, según establece el art. 226.- (Aprehensión por la fiscalía) del Código de Procedimiento Penal, que dice “...*la persona aprehendida será puesta a disposición del juez, en el plazo de veinticuatro horas para que resuelva, dentro del mismo plazo, sobre la aplicación de alguna de las medidas cautelares previstas en esta Código, o decrete su libertad por falta de indicios...*”

Con relación a los incisos que aluden a la **instrumentalidad, revisabilidad y temporalidad**, no ahondo más, por no ser tema principal, simplemente los cito por tener una relación con el mismo.

2.8.4. Clases de Medidas Cautelares

En nuestra legislación procesal penal vigente, existen dos clases de Medidas Cautelares: las de **Carácter Personal y las de Carácter Real** (que sólo las enuncio porque no son objeto de estudio de este trabajo).

Seguidamente, citaré a las Medidas Cautelares de Carácter Personal, sólo de manera enunciativa, dando a cada una de ellas un breve concepto de lo que significan, pero sin realizar un análisis de las mismas, más bien, sólo con el afán de dar a conocer que ellas también se constituyen en **medidas cautelares de carácter personal**, además están previstas en el Código de Procedimiento Penal; no por ser menos importantes, solo que el tema central de mi tesis no radica en ellas, sino en la “**detención preventiva**”.

a) Medidas Cautelares de Carácter Personal.- En el Título II, Capítulo I, se encuentran reguladas las Medidas Cautelares de Carácter Personal, las cuales son:

I. La Presentación espontánea y la Citación.-

- **La presentación espontánea.-** Como medida preventiva, posibilita que el imputado mantenga su libertad.

Artículo 223.- (Presentación espontánea). La persona contra la cual se haya iniciado esté por iniciarse un proceso, podrá presentarse ante el fiscal encargado de la investigación pidiendo se reciba su declaración, que se mantenga su libertad o se manifieste sobre la aplicación de una medida cautelar.

Si el fiscal no se pronuncia dentro de las cuarenta y ocho horas, el imputado acudirá ante el juez de la instrucción para que resuelva sobre la procedencia de su libertad o de alguna de las medidas cautelares.

- **La Citación.-** La citación de la persona inculpada tiene por objeto oír su versión sobre los hechos de los que se le acusa.

Si el citado no comparece ni justifica la causa que le ha impedido asistir, podrá ordenarse su detención, como señala nuestro Código de Procedimiento Penal:

Artículo 224.- (Citación).- Si el imputado citado no se presenta en el término que se le fije, ni justifica un impedimento legítimo la autoridad competente librará mandamiento de aprehensión.

II. El Arresto.- Es la privación de libertad de corta duración, que se impone al imputado; puede ser ordenado por el fiscal o la policía y procede dentro de una investigación, luego de una acción directa.

Art. 225.- (Arresto). Cuando en el primer momento de la investigación sea imposible individualizar a los autores, partícipes y testigos del hecho y se deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación, el fiscal o la policía podrán disponer que los presentes no se alejen del lugar, no se comuniquen entre sí antes de informar, ni se modifique el estado de las cosas y de los lugares y, de ser necesario, ordenarán el arresto de todos por un plazo no mayor de ocho horas.

III. La Aprehensión.- Es la privación de libertad de un ciudadano, ordenada por el fiscal o el juez y efectivizada por la policía y en casos de flagrancia, también por particulares.

Tal y como se dispone en nuestro Código de Procedimiento Penal, en sus arts. 226 y 227, existen dos tipos de **aprehensión**: por la **Fiscalía** y por la **Policía**:

Art. 226.- (Aprehensión por la fiscalía). El fiscal podrá ordenar la aprehensión del imputado cuando sea necesaria su presencia y existan suficientes indicios de que es autor o partícipe de un delito de acción pública sancionado con pena privativa de libertad cuyo mínimo legal sea igual o superior a dos años y de que pueda ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar u obstaculizar la averiguación de la verdad.

La persona aprehendida será puesta a disposición del juez, en el plazo de veinticuatro horas, para que resuelva dentro del mismo plazo, sobre la aplicación de alguna de las medidas cautelares previstas en este Código o decrete su libertad por falta de indicios.

Tratándose de un delito de acción pública dependiente de instancia de parte, se informará a quien pueda promoverla, y el juez levantará esta medida cautelar si dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la aprehensión la instancia no ha sido promovida.

Corresponde hacer un comentario de la disposición “ut supra” en esencia, señala también la **gravedad del hecho**, al referirse a que le asigna la **facultad al fiscal**, para disponer la aprehensión cuando el delito tiene pena privativa de libertad igual o superior a dos años, lo que guarda concordancia con la Ley del Ministerio Público.

Ahora bien en la práctica ocurre que en algunos casos, los fiscales no toman en cuenta el verdadero sentido de las disposiciones anotadas y optan por no proceder a la **detención preventiva** en la mayor parte de los casos que revisten **gravedad**, manifestando que para el efecto requieren orden judicial y mientras se recabe ésta, del juez transcurre mucho tiempo quedando en libertad el **imputado**,

y hasta facilitando posteriormente que fugue, al saber que pesa en su contra una imputación por un **delito grave**.

Estas son las razones que me han motivado, para sugerir el tema, para que se introduzca una disposición que considere la **gravedad del hecho** en el Código de Procedimiento Penal.

Art. 227.- (Aprehensión por la policía). La Policía Nacional podrá aprehender a toda persona en los siguientes casos:

- 1) Cuando haya sido sorprendida en flagrancia;
- 2) En cumplimiento de mandamiento de aprehensión librado por juez o tribunal competente.
- 3) En cumplimiento de una orden emanada por el fiscal, y
- 4) Cuando se haya fugado estando legalmente detenida.

La autoridad policial que haya aprehendido a alguna persona deberá comunicar y ponerla a disposición de la Fiscalía en el plazo máximo de ocho horas.

Al respecto de la **flagrancia**, implica que tanto la policía como cualquier otra persona particular, pueden aprehender a un ciudadano, sin necesitar orden fiscal, cuando el autor es sorprendido flagrante, al respecto, el Código de procedimiento Penal, prescribe:

Art.230.- (Flagrancia). Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de intentarlo, de cometerlo o inmediatamente después mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o los testigos presenciales del hecho.

La flagrancia, también esta prevista en la propia Constitución Política del Estado.

Art.10º. Todo delincuente “in fraganti” puede ser aprehendido, aún sin mandamiento, por cualquier persona, para el único objeto

de ser conducido ante la autoridad o el juez competente, quien deberá tomarle su declaración en el plazo máximo de veinticuatro horas.

Es también de lamentar que la Constitución Política del Estado y el Código de Procedimiento Penal, se refieran al **delito flagrante**, pero este no sea tomado en cuenta “**en la mayoría de los casos**”, e igualmente en los **delitos graves y flagrantes**, si no que se atienen exclusivamente a lo ya manifestado varias veces, al **peligro de fuga y peligro de obstaculización**, para conceder o negar la libertad, pero no se ocupan de sopesar la **flagrancia de los delitos que revisten gravedad y por sobre todo la gravedad del hecho**.

IV. La Incomunicación.- Se adopta de forma extraordinaria contra el detenido en los casos de desobediencia, violencia, rebelión, o cuando haya intentado o realizado preparativos para fugarse.

En estos casos no tendrá derecho a comunicarse con su familia, a informar del hecho de la detención y el abogado le será designado de oficio por el Funcionario o autoridad Judicial que le custodie.

Acerca de la **incomunicación**, la Constitución Política del Estado señala:

Art. 9º. II. La incomunicación no podrá imponerse, sino en casos de notoria gravedad y de ningún modo por más de veinticuatro horas.

El Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la **incomunicación** dispone:

Art. 231.- (Incomunicación).- La incomunicación no podrá imponerse sino en los casos de gravedad cuando existan motivos que hagan temer que el imputado de otra forma obstaculizará la averiguación de la verdad. En ningún caso podrá exceder el plazo de veinticuatro

horas y no impedirá que el imputado sea asistido por su defensor antes de la realización de cualquier acto que requiera su intervención personal.

La incomunicación será dispuesta por el fiscal encargado de la investigación, debidamente fundamentada en los motivos del artículo 235 de este Código, quién la comunicará inmediatamente al juez de la instrucción para que ratifique o deje sin efecto la incomunicación.

Se permitirá al incomunicado el uso de libros y material de escribir, podrá también realizar actos civiles impostergables que no perjudiquen la investigación.

V. La Detención Preventiva.- Consiste en privar al imputado de su derecho fundamental a la **libertad de tránsito**, mediante su ingreso en un centro penitenciario durante la sustanciación de un proceso penal⁴².

Siendo la libertad un bien preciado, la **detención preventiva**, para su interposición, tiene que cumplir con determinados requisitos, que son concurrentes y son los siguientes:

- a) Se debe tratar de un delito de acción pública (Art.232 inc. 1, Art.20 CPP)
- b) Que tenga prevista pena privativa de libertad (Art.232 inc. 2 CPP) cuyo máximo legal sea de tres años o más (Art. 232 inc. 3 CPP);
- c) Se debe haber realizado previamente la imputación formal, es decir debe existir una resolución fundamentada del fiscal o del querellante donde indica
 - Que deben existir elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es con probabilidad autor o participe de un hecho punible (Art.233 CPP);
- d) Deben existir elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá a juicio (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) (Art. 233 CPP);
- e) No debe existir otra medida cautelar mas favorable al imputado, que sea suficiente para asegurar que el mismo se someterá a juicio y se abstendrá de obstaculizar la averiguación de la verdad (Art. 7, 221, 222 CPP)⁴³.

⁴²HERRERA, William, "Derecho Procesal Penal Boliviano", , Impreso en Talleres Kipus, Cochabamba, Bolivia, 2003. Pág. 278.

⁴³ POMAREDA DE ROSENAUER, Cecilia, "Codigo de Procedimiento Penal", Materiales y Experiencias de Talleres de Capacitación, 2003 GTZ - Reforma Procesal, Pag. 92

La **detención preventiva**, como medida cautelar, puede generar una suerte de conflicto entre algunos derechos fundamentales como la libertad, la presunción de inocencia, etc.. Pero, por otro lado, está el **deber del Estado, de perseguir el delito y el deber y asegurar el ámbito de libertad del imputado**, que sólo puede justificarse en la medida que resulte absolutamente imprescindible para la defensa de los bienes jurídicos, y no haya otros mecanismos menos radicales para tal función; por lo que no debe prolongarse más allá de lo necesario o indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

La detención preventiva, no es más que una medida cautelar necesaria para asegurar la futura sentencia condenatoria y desde ningún punto de vista tiene función de anticipar la pena o la prevención especial: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad o la de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién será el responsable⁴⁴.

Sobre el tema, el Código procesal penal vigente, establece:

Artículo 233.- (Requisitos para la detención preventiva). Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o querellante, cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1) La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad autor o participe de un hecho punible; y,**
- 2) La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.**

⁴⁴ **HERRERA, William**, "Derecho Procesal Penal Boliviano", Impreso en Talleres Kipus, Cochabamba, Bolivia, 2003. Pág. 278.

De lo anterior se desprende, que la norma determina, que el **Auto que disponga la detención preventiva** deberá fundar, expresamente, cada uno de los presupuestos que la motivan; y para que el juez competente, ordene la detención preventiva, tiene que haber pedido fundamentado de parte (fiscal o querellante), además de que deben concurrir necesariamente, los dos requisitos previstos en el precepto mencionado.

Teniendo en cuenta lo expresado, el artículo 233 en su inciso 1) consagra que uno de los requisitos para imponer la detención preventiva implica ser “**con probabilidad autor o partícipe**” del hecho punible.

Tal como lo dice el art. 233, uno de los requisitos para imponer la detención preventiva implica ser “**con probabilidad autor o partícipe**” del hecho punible. Por lo que resulta importante conocer el sentido estricto de la palabra “**probabilidad**”, para poder saber si la persona puede ser considerada sospechosa o no. **Probabilidad**, en lo pertinente, significa, que existan suficientes indicios que lleven al fiscal a la convicción de vincular directamente al **imputado** con los hechos delictivos. Por lo que no se trata de especulaciones, ni de sospechas, sino de **indicios claros** que se puedan presentar como pruebas y que relacionen al **imputado** con el delito⁴⁵.

La **Ley de Fianza Juratoria**, en su art. 3.- (Detención Preventiva), inc. 2), tenía la previsión de ordenar la detención preventiva cuando había fundada presunción de que el imputado “*continuará con actividades delictivas...*”, el nuevo Código de Procedimiento Penal, en el art. 234.- (Peligro de fuga), en su inc. 4), recoge esta presunción, al disponer que importa peligro de fuga “**el comportamiento del**

⁴⁵POMAREDA DE ROSENAUER, Cecilia, “Codigo de Procedimiento Penal”, Materiales y Experiencias de Talleres de Capacitación, 2003 GTZ - Reforma Procesal. Pag. 92.

imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida en que indique su voluntad de no someterse al mismo”, como detallaré más adelante.

A su vez, el precepto del art. 234.- del Código de Procedimiento Penal, que hace referencia al Peligro de fuga, dispone:

Artículo 234°.- (Peligro de fuga). Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1) Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;**
- 2) Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto,**
- 3) La evidencia de que el imputado esté preparando actos preparatorios de fuga; y,**
- 4) El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida de que indique su voluntad de no someterse al mismo.**

En atención al artículo precedente, se puede evidenciar que precisamente la ausencia de la **“gravedad del hecho”** en el peligro de fuga, para decidir acerca de la detención preventiva, en el Código de Procedimiento Penal, posibilita la fuga y por tanto la ausencia de **imputado** en el proceso y consiguientemente la no reparación de daño a la **víctima**.

Si bien, no es indispensable que debe imponérsele la detención, en todos estos casos que además - **es recomendable en los de mayor gravedad** -, es preciso hacer notar, que el Código debió referirse a otra medida que **“posibilite”** la presencia del **imputado** en el encausamiento y consiguientemente la reparación del daño causado.

Porque además, no sólo es necesaria la imposición de la sanción, sino también, la reparación del daño, y al no existir esta, la **víctima** queda totalmente

insatisfecha y esto ocurre con frecuencia ante todo en los delitos de muerte de persona e igualmente en los de carácter económico.

Pasando, a otro punto, que es el del **peligro de obstaculización**, y tomando en cuenta que una de las finalidades de la **detención preventiva** es garantizar el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley, es obvio que tal situación sería poco menos que imposible si el **imputado** destruyese elementos probatorios. A los efectos de ordenar una **detención preventiva**, el juez o tribunal también tiene que tener en cuenta los antecedentes y el comportamiento del **imputado** a lo largo del proceso. En lo relacionado, nuestro código procesal penal, establece:

Artículo 235°.- (Peligro de obstaculización). Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta especialmente, la concurrencia de indicios de que el imputado:

- 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, y,**
- 2) Influirá negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos para beneficiarse.**

Del análisis de estas disposiciones, se puede establecer el favorecimiento al **imputado**, y que no se toma en cuenta para nada la **gravedad del hecho**.

No obstante, el actual régimen de Medidas Cautelares de Carácter Personal, a mi parecer; no ha considerado para su aplicación un elemento importantísimo, como es el de la **gravedad del hecho**, sin el cual; considero; **no se garantiza la verdadera y adecuada seguridad jurídica a la ciudadanía en general**; debiendo consecuentemente, en mi criterio, examinarse con sumo cuidado la concurrencia entre otros, del requisito material, referido a la existencia de una imputación seria, respaldada en antecedentes sólidos, que demuestran el hecho punible con la

participación del imputado, y por sobre todo la **gravedad del hecho** y consiguientemente la gravedad de la pena; que es el tema más importante de este trabajo.

b) Medidas Cautelares de Carácter Real.- Las Medidas Cautelares de Carácter Real, son instrumentos procesales que tienen la finalidad de cautelar o garantizar derechos, mediante éstas se evita la libre disponibilidad del bien hasta tanto no se dicte sentencia.

En materia penal ordinaria, tienen como finalidad **“garantizar la reparación del daño, y el pago de las costas y multas emergentes del proceso penal”**, tal y como lo establece el art. 252, del Código de Procedimiento Penal.

Las Medidas Cautelares de Carácter Real, según el Código de Procedimiento Penal, de acuerdo a la segunda parte del art. 222.- (Carácter), “las medidas cautelares reales serán las previstas en el Código de Procedimiento Civil y se impondrán únicamente en los casos expresamente determinados por el Código de Procedimiento Penal. En tal sentido las medidas cautelares reales de conformidad al art. 156 del Código de Procedimiento Civil son: la anotación preventiva, el embargo, el embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial, la prohibición de innovar, la prohibición de contratar sobre determinados bienes, la hipoteca legal y la incautación; que como señalé anteriormente, sólo las mencionaré, puesto que no son objeto de estudio de esta tesis.

2.9. Modificación e incorporación al régimen de Medidas Cautelares, reforma mediante Ley No. 2494 de 4 de

Agosto de 2003, “Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana”

Mediante esta Ley, surge la reforma al Código de Procedimiento Penal, con la Modificación e incorporación al régimen de Medidas Cautelares; así como también las modificaciones al Código Penal.

Es justamente en cuanto al propósito que me corresponde en esta investigación, es decir la **reforma** de las Medidas Cautelares de Carácter Personal -del Código de Procedimiento Penal-, mediante la **inserción** de una disposición que considere la **gravedad del hecho**, con la que se asegure eficazmente la comparecencia del **imputado** en las actuaciones procedimentales, así como la ejecución de la sentencia y consiguientemente la reparación del daño a la **víctima**; que dicho sea de paso, la mencionada **Ley de Sistema de Seguridad Ciudadana, Ley Nº 2494**, en las modificaciones e incorporaciones hechas a la institución citada, en los artículos referentes al **Peligro de fuga** (art. 234.-) y **Peligro de obstaculización** (Art. 235.-), **no consideró** un aspecto tan imprescindible para su aplicación, como lo es, el de la **gravedad del hecho**, sin el cual, estoy convencida –y porque la práctica así lo demuestra-; no se garantiza adecuadamente la presencia del **imputado** en el proceso, es más, según se procede con nuestro actual Código procesal penal, se evidencia que en aplicación de sus normas, facilita la fuga del mismo.

De conformidad con lo antes expresado, transcribo los preceptos de los artículos, que son objeto de este análisis:

**Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana
Ley 2494
Título II
De la Modificación de las Medidas Cautelares
Capítulo Único**

Artículo 15°.- (Modificaciones). Modifícanse los artículos 234°, 235°, 240°, 247° y 251° del Código de Procedimiento Penal, Ley No. 1970 de 25 de mayo de 1999, cuyas disposiciones quedarán redactadas en los siguientes términos:

Artículo 234°.- (Peligro de fuga). Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1) Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajos asentados en el país;
- 2) Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;
- 3) La evidencia de que el imputado esté realizando actos preparatorios de fuga; y
- 4) El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo
- 5) La actitud que el imputado adopta voluntariamente respecto a la importancia del daño resarcible.
- 6) El haber recibido condena privativa de libertad en primera instancia.
- 7) Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener fundadamente que el imputado se encuentra en riesgo de fuga.

Artículo 235°.- (Peligro de obstaculización). Por peligro de obstaculización se entenderá toda circunstancia, que permita sostener fundadamente que el imputado con su comportamiento entorpecerá la averiguación de la verdad.

Para decidir acerca de su concurrencia se realizará una evaluación integral de las circunstancias existentes, teniendo especialmente en cuenta las siguientes:

- 1) Que el imputado, destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;
- 2) Que el imputado influirá negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos a objeto de que informen falsamente o se comporten de manera reticente;
- 3) Que el imputado influirá de manera ilegal o ilegítimamente en jueces, jueces ciudadanos, fiscales y/o en los funcionarios o empleados del sistema de administración de justicia;
- 4) Que el imputado inducirá a otros a realizar las acciones descritas en los numerales 1), 2) y 3) de este artículo;
- 5) Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener fundadamente que el imputado, directa o indirectamente obstaculizará la averiguación de la verdad.⁴⁶

Cabe resaltar, que si bien el anterior Código de Procedimiento Penal de 1972, contenía dentro del Capítulo referido a las Medidas Jurisdiccionales, un art. referente al **peligro de reincidencia**, posteriormente fue derogado. Y que

⁴⁶ "GACETA OFICIAL DE BOLIVIA No. 2509 de 5 de agosto de 2003", Ley 2494, Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, Pag.12, 13

precisamente, ésta Ley N° 2494, Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, con su art. 16.- incorpora en el Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, de 25 de marzo de 1999 el siguiente artículo:

Art. 235.- bis. (Peligro de Reincidencia).- También se podrán aplicar medidas cautelares incluida la detención preventiva cuando el imputado haya sido condenado en Bolivia o en el extranjero por sentencia ejecutoriada si no hubieran transcurrido desde el cumplimiento de la condena un plazo de cinco años.

Sobre lo anteriormente transcrito, puedo señalar, que en cuanto al aspecto central de mi trabajo: que, ni el Código de Procedimiento Penal, ni su reforma consideran, algo que creo sumamente importante: que así como existe la presunción de inocencia también se puede presumir que **“a mayor gravedad del hecho, mayor posibilidad de fuga”**, que es, lo que se ha dado en la vida práctica, es decir, el juzgador en la aplicación de las medidas cautelares de carácter personal, en atención al inc. 1) del art. 234.- (Peligro de fuga), considerando que el **imputado** tiene domicilio o residencia conocido, familia, negocios o trabajo constituidos, se le ha **concedido la libertad**, hecho que ha generado en que el imputado igual se haya dado a la fuga, porque se supone que sabía las consecuencias graves de una pena mayor, por ser delitos graves los que habría cometido, burlando de esa manera tanto lo dispuesto por el Juez, como la permanencia en el proceso, que es el fin de la Medida Cautelar, es por eso que creo firmemente que las Medidas Cautelares de Carácter Personal deben modificarse tomando en cuenta como otro requisito la **gravedad del hecho**, en su aplicación.

2.10. Legislación Comparada

Con relación al presente estudio, he consultado la legislación comparada, para tratar de encontrar los aciertos y por sobre todo los errores con los que cuenta la institución de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, nuestra legislación en la actualidad; y por lo que pude averiguar, existen países con legislaciones establecidas con bastante anterioridad, así como en países limítrofes al nuestro, donde al parecer está mejor organizada esta institución de las **Medidas Cautelares de Carácter Personal**, incluso conservando el mismo nombre.

En este punto, haré una comparación en cuanto al tema que me ocupa, con la legislación extranjera, para luego, extraer lo más importante y sobresaliente de estas otras legislaciones en beneficio de la nuestra.

Antes, me parece necesario, hacer notar, que en la comparación, que a continuación realizaré, entre las distintas legislaciones que consideré

importantes para éste estudio, vale decir tanto la legislación Alemana, Española y Chilena con nuestro Código de Procedimiento Penal, en lo que a las Medidas Cautelares y “**detención preventiva**” corresponde, por ser objeto de estudio de ésta tesis; para una mejor comprensión, fragmentaré los artículos que son objeto de comparación en este punto, en los párrafos pertinentes realizando seguidamente el comentario respectivo.

2.10. 1. Alemania: La Detención Preventiva

El Código Procesal Alemán, trata acerca de la **Detención y Detención Preventiva**, cuyos artículos transcribo seguidamente, para tener un mejor conocimiento acerca del tema:

**Novena Sección
DETENCION Y DETENCION PREVENTIVA**

Art. 112 (Condiciones de la detención preventiva; motivos de detención)

(1) La detención preventiva contra el imputado se puede ordenar si es sospechoso del acto de forma fundada, y si existe un motivo de detención. No puede ser ordenada si no guarda relación con el significado del asunto y de la punición o medidas de seguridad y detención que caben esperar.

(2) existe un motivo de detención si, en virtud de determinados hechos,

1. se constata que el inculpado es fugitivo o se oculta,

2. en la apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro de que el inculpado no comparezca en el procedimiento, o

3. el comportamiento del inculpado fundamenta la sospecha fundada de que

a) invalidará, modificará, ocultará, reprimirá o falsificará pruebas, o

b) actuará de mala fé sobre coinculpados, testigos o peritos,

c) inducirá a otros a tal comportamiento y, por lo tanto, exista peligro de entorpecimiento del sumario.

(3) Contra el inculpado que sea sospechoso de forma fundada de un delito según el art.125^a, apartado 1º, o según los arts. 211, 212, 220^a, apartado 1º, num. 1, 225 o 307 del Código Penal o, en tanto que mediante el acto se haya puesto en peligro cuerpo o vida de otro, que sea sospechoso de forma fundada según el art. 311, apartados I hasta III, del Código Penal, también se puede ordenar la detención preventiva, aunque no exista un motivo de detención según el apartado 2º.

Sobre el anterior artículo, puedo comentar, que el inc 1), guarda relación con el art. 233, de nuestra legislación, que hace referencia a los “requisitos para la detención preventiva”.

Un aspecto que considero importante, está en el inc. 2) 2., que hace referencia a la **“en la apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro de que el inculpado (en nuestra legislación de denomina imputado) no comparezca en el procedimiento”**. O sea, en éste caso la legislación alemana es más precisa, al determinar que se debe apreciar las **circunstancias del caso particular**, que supongo, está haciendo referencia a un **delito que reviste**

gravedad, de acuerdo a la apreciación sus circunstancias; de ahí que continúa el párrafo señalando que existe el peligro de que el imputado no comparezca en el proceso; porque como sostengo es ésta tesis, cuando existe mayor **gravedad del delito, existe mayor posibilidad de fuga del imputado**; aspecto que no se considera en los “requisitos para la detención preventiva” de nuestro Código de Procedimiento Penal.

De igual forma, también destaco lo anteriormente manifestado, a tiempo de analizar el Código Procesal Penal de Chile, en la parte pertinente a éste estudio, en el art. 140.- (Requisitos para ordenar la detención preventiva), en la página 112, se hace referencia a la “**gravedad de los delitos**”, que comentaré oportunamente.

Art. 112^a. (Otros motivos de detención)

(1) También existe un motivo de detención si el inculpado es sospechoso de forma fundada de haber cometido

1. un delito según los arts. 174, 174^a, 176, 177 o 179 del Código Penal o

2. repetida o continuamente un delito injurioso de gravedad contra la ordenación jurídica según el art. 125^a, según los arts. 223^a hasta 226, según los arts. 243, 244, 249 hasta 255, 26^o, según art. 263, 306 hasta 308 o 316^a del Código Penal, o según art. 29. apartado 1^o, num. 1,4,10, o apartado 3^o, Art. 29^a, apartado 1^o, art. 30, apartado 1^o, 30^a, apartado 1^o de la Ley de Estupeficientes.

Y si determinados hechos fundamentan el peligro de que, antes del juicio, cometerá más delitos relevantes del mismo tipo o continuará el delito. Que es necesaria la detención para la prevención del peligro amenazador, y, en los casos del num.2, se debe esperar una pena privativa de libertad de más de un año.

(2) No se aplica el apartado 1^o, si tienen cabida las condiciones para el mandamiento de una orden de detención según el art. 112, y si no se dan las condiciones para la suspensión de la ejecución de la orden de detención según art. 116, apartados 1^o y 2^o

Si bien en nuestro Código de Procedimiento Penal, en el art. 232.- (Imprudencia de la detención preventiva), se señala mas bien, que la detención preventiva no procede en delitos de acción privada, en delitos que no tengan

prevista pena privativa de libertad o si la tienen que sea menor inferior a tres años; el Código Procesal Alemán señala específicamente los motivos de **detención**, para **delitos que revisten gravedad**, por sobre todo considerando la punición de las penas o medidas de seguridad y detención que caben esperar al delito; por ejemplo, en el anterior art. 112^a del Código Procesal Alemán hace referencia al **abuso sexual de un menor confiado en custodia** (art.174), **de reclusos, de niños, de incapacitados, violación**; por otro lado, delitos que provoquen **daño físico peligroso o especialmente grave o con resultado de muerte** (arts.223, 224, 225 y 226); así como también **caso especialmente grave del hurto**, (art. 243), **robo grave o con resultado de muerte** (art. 250 y 251); **incendio provocado grave** (art. 306, 307 y 308); **embriaguez en el tráfico** (art. 316) y algunos delitos relacionados con su Ley de Estupefacientes.

E incluso, éste Código, es más **severo al imponer la detención preventiva**, en este caso, **por más de un año**, cuyo fundamento radica en el peligro de que el **imputado** antes del juicio cometerá más delitos o continuará el delito, por lo que es **necesaria la prevención del peligro amenazador**, que creo también debería ser considerado de la misma manera por nuestra legislación.

Los artículos que siguen, o sea desde el Art.113 (Condiciones en el caso de actos leves), art. 114 (Orden de detención), art. 114a (Notificación de la orden de detención), art. 114b. (Instrucción de familiares), art. 115 (Presentación ante el juez competente), hasta el art. 115^a (Presentación ante el juez local cuando no se puede presentar ante el competente), los enuncio porque están relacionados con la **detención preventiva**, pero no son objeto de estudio comparativo en este punto.

Al contrario, del artículo siguiente, que se puede comparar con el art. 240.- (Medidas sustitutivas a la detención preventiva), de nuestro Código de Procedimiento Penal:

Art. 116 (Suspensión de la orden de detención)

(1) El juez suspende la ejecución de una orden de detención, justificada sólo por el peligro de fuga, si medidas menos drásticas fundamentan suficientemente la expectativa de que mediante ellas también se puede alcanzar el objetivo de la detención preventiva. Entran especialmente en consideración

1. la instrucción de presentarse en determinados momentos al juez, a la autoridad de diligencias del procedimiento penal, o a una delegación determinada por ellos.

2. la instrucción de no dejar el domicilio o residencia, o una determinada zona sin permiso de juez o de la autoridad de diligencias del procedimiento penal.

3. la instrucción de dejar el domicilio sólo bajo vigilancia de una determinada persona.

4. el cumplimiento de una seguridad suficiente por el inculpado u otro.

(2) El juez también puede suspender la ejecución de una orden de detención, justificada por el peligro de entorpecimiento del sumario, si medidas menos drásticas fundamentan suficientemente la expectativa de que reducirán de forma relevante el peligro de entorpecimiento del sumario. Entra especialmente en consideración de no contactar con coinculpados, testigos o peritos.

(3) El juez puede suspender la ejecución de una orden de detención, promulgada según el art. 112^a, si está suficientemente fundamentada la expectativa de que el inculpado observará determinadas instrucciones, y que de esa forma se alcanzará el objetivo del arresto.

(4) En los casos de los apartados 1^o hasta 3^o, el juez ordenará la ejecución de la orden de detención si

1. el inculpado transgrede de forma directa las obligaciones o limitaciones que le han sido impuestas,

2. el inculpado hace preparativos para la fuga, falta a la citación reglamentaria sin una excusa suficiente, o de otra forma se muestra que la confianza depositada en él no estaba justificada, o

3. nuevas circunstancias hacen necesaria la detención.

Sobre éste artículo, puedo señalar que se fundamenta, en que si con la imposición de medidas menos drásticas a la detención preventiva se consigan los mismos objetivos se considere la aplicación de otras medidas (similares a la que se establecen en nuestro Código de Procedimiento Penal), como son la instrucción de presentarse al Juez o a otra autoridad determinada y no dejar el domicilio o zona sin permiso del Juez; por otra parte si el imputado incumple o transgrede éstas disposiciones o **suceden nuevas circunstancias se hace**

necesaria la detención; al respecto puedo indicar que el Código Procesal Penal Alemán, precautela la posibilidad de que sucedan otras **circunstancias**, obviamente que agraven el delito en el futuro; nuestro Código de Procedimiento Penal, en el art. 247.-(Causales de Revocación), sólo hace referencia al incumplimiento de las obligaciones impuestas al imputado y que la realización actos preparatorios de fuga u obstaculización, darán lugar a la detención preventiva.

Lo que en nuestro Código de Procedimiento Penal, se conoce con el nomen juris de **fianza real**, señalado en el art. 244; en el Código Procesal Penal Alemán, se establece la **suspensión a cambio de fianza**:

Art 116ª (Suspensión a cambio de fianza)

1) La fianza se debe dar mediante depósito de dinero en metálico, en valor, mediante pedido de o prenda, o mediante fianza de

personas indicadas

2) El juez establece a discreción la cuantía y el tipo de la fianza.

3) El inculpado que solicite la suspensión de la ejecución de la orden de detención a cambio de una fianza y que no esté domiciliado en el campo de vigencia de esta ley, está obligado a apoderar a una persona que viva en el distrito del tribunal competente para la recepción de notificaciones.

Algo que puedo rescatar del **Código Penal Alemán**, como complemento de lo anteriormente establecido, en lo que a este trabajo atañe, está señalado en la Sección Tercera, que trata de las **Consecuencias Jurídicas del Hecho**, en el Capítulo Segundo, que establece la **Medición de la Pena**, entre los fundamentos que considero más importantes, establece que: ***la culpabilidad del autor será fundamento de la medición de la pena, los fundamentos de la motivación y los fines del autor, la intencionalidad que se deduce del hecho y la voluntad***

con que se realizó el hecho, los antecedentes del autor, su conducta después del hecho.

La importancia de lo citado, en comparación con nuestra legislación, es el párrafo que señala, que la “**culpabilidad del autor será fundamento de la medición de la pena**”, que como sostengo y es fundamento de esta tesis: que cuanto mayor sea la **gravedad del hecho** cometido, **mayor es la posibilidad de fuga del imputado**; lo que entraña que debería considerarse principalmente las **circunstancias del hecho**, (es decir **la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido**), para una mejor medición de la pena o medida cautelar a aplicarse.

2.10.2 España: La Prisión Provisional

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, en el Título VI, Capítulo III, está prevista la “**prisión provisional**”, cuyos artículos pertinentes, son los siguientes:

TITULO VI

De la citación, de la detención y de la prisión provisional

CAPITULO III

De la prisión provisional

502. 1. Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa.

2. La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

3. El juez o tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta.

4. No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación.

503. 1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el *auto* de prisión.

3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley.

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona imputada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado.

2. También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

En cuanto al anterior **artículo 502**, cabe señalar, sobre el inc. 3), la importancia de considerar en primer lugar las **circunstancias** del hecho, porque según establece en el mismo artículo, en el inc. 2), cuando con otras medidas no se pueda alcanzar los mismos fines que con el de la detención preventiva se adoptará ésta. Lo que significa, que como sostengo en este trabajo, para aplicar prisión preventiva, es **necesario considerar las circunstancias y la gravedad del hecho, la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño causado y el peligro corrido**; así como también la pena que pudiera

ser impuesta, por que mientras **más grave sea el delito, más elevada será la pena.** Como se establece en el siguiente artículo.

Acerca del **artículo 503**, puede manifestar, que en el numeral 1 en el inc.1º, señala que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad igual o superior a dos años, mientras que en nuestra legislación es de tres años.

En el mismo numeral, en el inc. 3º, indica que con la prisión provisional, se pueda asegurar la presencia del imputado cuando exista riesgo de fuga; lo rescatable de esto, es que se establece, que para valorar la existencia de este peligro de fuga, debe atenderse conjuntamente **la naturaleza del hecho** y a la **gravedad de la pena imponerse**; aspecto que considero tan importante y rescatable de ésta legislación, porque es precisamente en ese punto se basa ésta tesis, porque como manifiesto reiteradamente, **a mayor gravedad del hecho , al que se le impone obviamente una pena también elevada, existe por lo tanto, mayor posibilidad de fuga.**

De la misma forma, todos éstos aspectos, por resultar imprescindibles para este trabajo de tesis; también los he analizado tanto en el Código Procesal Penal Alemán, en Art. 112 (Condiciones de la detención preventiva; motivos de detención) inc. 2, en la página 91; así como en el Código Procesal Penal de Chile, en el art. 140.- (Requisitos para ordenar la detención preventiva), en las páginas 106 y 107.

Seguidamente en el numeral 3º, este artículo menciona en el inc. b), lo que nuestra legislación, señala como **peligro de obstaculización**, en el art. 235.-

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

En el siguiente artículo, se hace referencia a lo que en nuestro Código de Procedimiento Penal, se denomina **fianza**, desde los art. 241.-(Finalidad y determinación de la fianza), art. 242.-(Fianza Juratoria), art. 243.-(Fianza Personal) hasta el art. 244.-(Fianza Real).

505. 1. Cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza.

En los supuestos del procedimiento regulado en el título III del libro IV de esta ley, este trámite se sustanciará con arreglo a lo establecido en el artículo 798, salvo que la audiencia se hubiera celebrado con anterioridad.

2. La audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad provisional con fianza.

3. En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicitare que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las 72 horas antes indicadas en el apartado anterior.

4. El juez o tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviere detenido.

5. Si por cualquier razón la audiencia no pudiese celebrarse, el juez o tribunal podrá acordar la prisión provisional, si concurrieren los

presupuestos del artículo 503, o la libertad provisional con fianza. No obstante, dentro de las siguientes 72 horas, el juez o tribunal convocará una nueva audiencia, adoptando las medidas a que hubiere lugar por la falta de celebración de la primera audiencia.

6. Cuando el detenido fuere puesto a disposición de juez distinto del juez o tribunal que conociere o hubiere de conocer de la causa, y el detenido no pudiere ser puesto a disposición de este último en el plazo de 72 horas, procederá el primero de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores. No obstante, una vez que el juez o tribunal de la causa reciba las diligencias, oirá al imputado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda.

506. 1. Las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción.

2. Si la causa hubiere sido declarado secreta, en el auto de prisión se expresarán los particulares del mismo que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse. En ningún caso se omitirá en la notificación una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el artículo 503 se pretende conseguir con la prisión. Cuando se alce el secreto del sumario, se notificará de inmediato el auto íntegro al imputado.

3. Los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución.

509. 1. El Juez de Instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos.

2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. No obstante, en estos mismos casos, el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese

méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días.

3. El auto en el que sea acordada la incomunicación o, en su caso, su prórroga deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida.

2.10.3 Chile: La Prisión Preventiva

El Código Procesal Penal de Chile, en cuanto a la **Prisión Preventiva**, también hace referencia al derecho a la libertad personal, de igual manera establece requisitos similares a nuestra legislación, acerca de antecedentes que justifiquen la existencia del delito y la participación del **imputado** en éste, con sospecha grave y fundada de que obstaculizará la investigación y que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación, pero por sobre todo **atendiendo a la gravedad de los delitos de que traten**; como más adelante, se podrá apreciar en la transcripción de su texto.

De este modo, en el Código Procesal Penal, en el Libro I, Título V, es que se encuentra regulada y con el mismo nombre, la institución de las **Medidas Cautelares Personales**, que guardan similar redacción con nuestra legislación en cuanto a la finalidad y alcances, presentación voluntaria del imputado, autoridades competentes y procedimiento para la detención e incluso el caso de flagrancia, cuyos artículos pertinentes transcribo seguidamente:

Título V

Medidas Cautelares Personales

Párrafo 1º

Principio General

Art. 122.- (Finalidad y alcance).- Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables

para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durará mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.

Las medidas serán siempre decretadas mediante resolución judicial fundada.

Párrafo 2º

Citación

Art. 123.- (Oportunidad de la citación judicial).- Cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal, este dispondrá su citación, de acuerdo con lo previsto en el art. 33.

Art. 124.- (Exclusión de otras medidas).- Cuando la imputación se refiere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación.

Lo dispuesto en el inc. anterior no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inc. 4º del art. 134, o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el art. 33.

Párrafo 3º

Detención

Art. 125.- (Procedimiento de la detención).- Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere.

Art. 126.- (Presentación voluntaria del imputado).- El imputado contra quién se hubiere emitido orden de detención por cualquier autoridad, competente podrá ocurrir siempre ante el juez que correspondiere a solicitar un pronunciamiento sobre procedencia o la de cualquier otra medida cautelar.

Art. 127.(Detención judicial).- Salvo en los casos contemplados en el art.124, el tribunal a solicitud del ministerio público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada.

También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de esta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada.

Art.128.- (Detención por cualquier tribunal).- Todo tribunal, aunque no ejerza jurisdicción en lo criminal, podrá dictar órdenes de detención contra las personas que, dentro de la sala de su despacho, cometiere algún crimen o simple delito, conformándose a las disposiciones de este tipo.

Art.129.- (Detención en caso de flagrancia).- Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en el delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima.

Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito.

No obstará a la detención de circunstancia de que la persecución penal requiere instancia particular previa, si el delito flagrante fuere de aquellos previstos y sancionados en los arts. 361ª al 366quater del Código Penal.

La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena y al que se fugare estando detenido o en prisión preventiva.

Art.130.- (Situación de flagrancia).- Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- a) el que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- b) el que acabare de cometerlo;
- c) el que huyere del lugar de comisión del delito y fuere

designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;

- d) el que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedientes de aquel o con señales, en si mismo o en sus vestidos, que permitiere sospechar su participación en el, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y

- e) el que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que declaren auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse.

Los artículos anteriores, no merecen mayor comentario, pero los transcribí para un mejor conocimiento del tema. Es precisamente, a partir del siguiente artículo en el Código Procesal de Chile, que se aprecia la importante relación con éste trabajo, por tratarse de la **“detención preventiva”**:

Párrafo 4º

Prisión Preventiva

Art.139.- (Procedencia de la prisión preventiva). Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

La prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento.

En cuanto a este artículo también del Código Chileno, en lo que al tema de esta tesis concierne, pude percatarme de una diferencia entre el la legislación chilena y la nuestra, que se detalla a continuación:

Art.140.- (Requisitos para ordenar la prisión preventiva). Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante podrá decretar la prisión preventiva del imputado...

En nuestra legislación el Ministerio Público es el que se encuentra facultado para solicitar la “**prisión preventiva**” del imputado, o la aplicación de otras medidas cautelares. Sin embargo como se puede apreciar en el texto del Código Chileno, en el primer párrafo de éste **art. 140**, referido a los “**Requisitos para ordenar la prisión preventiva**”, “...se podrá decretar la prisión preventiva del imputado a petición del Ministerio Público o del **querellante...**”, lo que no sucede en nuestra legislación.

Y continúa el mismo artículo:

...siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;**
- b) que existen antecedentes que permitiere presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y**
- c) que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.**

Sobre lo anterior, cabe señalar, la similitud existente entre los incisos a) y b) de éste artículo con nuestra legislación, sólo que la nuestra considera éstos puntos en artículos separados, más precisamente en el art. 233.-(Requisitos para la detención preventiva), de nuestro Código de Procedimiento Penal

Otro aspecto que se puede resaltar de la legislación chilena, es el resguardo de la “**...seguridad de la sociedad...**”, inserto en el último párrafo del inciso c), es decir que el hecho de que el **imputado** goce de la libertad, no signifique peligro para la seguridad de la sociedad, para la cual es un malestar permanente,

no sólo por el hecho de que la sociedad se vea obligada a convivir con estas personas, sino porque también el **imputado**, representa un peligro constante para la misma **víctima**; aspecto, que considero debería seguirse por nuestra legislación.

...Se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existieren sospecha grave y fundada de que el imputado obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

El anterior párrafo, resume lo que en nuestra legislación se expresa en los artículos 234.- referido al Peligro de fuga y 235.- Peligro de obstaculización.

...Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos * ; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que tratare , y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla **.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentre en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquel o en contra de su familia o de sus bienes.

*Es, desde éste apartado, que considero importante éste artículo, porque hace referencia en un primer párrafo a la “... **gravedad de la pena asignada al delito, el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos...**”; es decir, que para estimar si la libertad del imputado es peligrosa

para la sociedad, se considerará la gravedad de la pena asignada al delito, que es, lo que precisamente sostengo en éste trabajo, es decir: que en los delitos que revisten mayor gravedad, para los cuales obviamente la pena a imponerse será también elevada, existe mayor posibilidad del fuga del imputado.

** Continuando con otro párrafo, que considero importante del mismo artículo, es el que señala: “... **atendiendo a la “gravedad de los delitos” de que traten y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla...**”; de lo que se deduce la importancia de que se considere la **gravedad de los delitos**, así como también si el delito fue cometido por una persona o por varias, lo que acrecienta la gravedad del delito, por la alevosía y el ensañamiento con que se pudo actuar, porque es lógico considerar que varias personas pueden ocasionar más daño a la **víctima** que una sola, y por sobre todo, en atención a la consideración de las **circunstancias**, que se toman en cuenta para la comisión del delito; como según nuestra legislación detalla en el art. 38.-(Circunstancias), entre las que puedo resaltar, las citadas en su inc. 2) Para **apreciar la “gravedad del hecho”**: la **naturaleza de la acción**, de los **medios empleados**, la **extensión del daño causado** y del **peligro corrido**, tal y como demuestro con el análisis realizado de las mismas, en el Capítulo III, en el punto 3.1 y siguientes.

Por lo qué, como observo en ésta tesis, el Juez a tiempo de conceder o negar la libertad en la aplicación de medidas cautelares, debe considerar minuciosamente éstos aspectos, por sobre todo el de la **“gravedad del hecho”**, tanto para garantizar la culminación del proceso, así como la seguridad de la **víctima** y de la sociedad.

El siguiente artículo, que lleva el mismo nomen juris, que en nuestro Código de Procedimiento Penal en el art. 232.-.

Art.141.- (Imprudencia de la prisión preventiva).- No se podrá ordenar la prisión preventiva cuando esta aparezca

desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de sus comisiones y la sanción probable.

No procederá la prisión preventiva:

a) cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente condenas pecuniarias o privativas de derecho, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de prisión o reclusión menores en su grado mínimo;

b) cuando se tratare de un delito de acción privada, y

c) cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado el imputado, pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad, contempladas en la ley y este acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social.

Sin perjuicio de lo anterior, el imputado deberá permanecer en el lugar del juicio hasta su término, presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado en conformidad a los arts. 33 y 123.

Podrá en todo caso decretar la prisión preventiva en los eventos previstos en el inc. 2º, cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el párrafo 6º de éste título o cuando el tribunal considere que el imputado pudiere incumplir lo establecido en el inc. precedente. Se decretare también la prisión preventiva del imputado que no hubiere asistido a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia a petición del fiscal o del querellante.

La prisión preventiva no procederá respecto del imputado que se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo fuere a cesar su cumplimiento efectivo y el fiscal o el querellante estimaren procedente esta medida cautelar, o alguna de las medidas previstas en el párrafo siguiente, podrán recabar anticipadamente de conformidad a las disposiciones de este párrafo, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad.

Acerca de este artículo, puedo manifestar: es que en ambas legislaciones existe similitud en la redacción de éstos artículos, en lo que a la enumeración de requisitos se refiere en la primera parte; pero lo que si cabe resaltar, es la importancia que siempre brinda la legislación chilena, antes de decretar la detención preventiva, a la “**proporcionalidad**” entre la **gravedad del delito**, las **circunstancias** y la **sanción**; que es precisamente lo que pretendo, o sea que se ponga más énfasis en ésta característica tan importante como es la

proporcionalidad⁴⁷, a tiempo de imponer una medida cautelar, porque solo analizando a fondo **esta proporcionalidad entre la gravedad del hecho, sus circunstancias, así como la sanción que le espera**, se logrará una efectiva aplicación de la justicia y a la vez evitar la fuga del **imputado** con la aplicación de la detención preventiva en delitos graves.

Los artículos siguientes del Código Procesal de Chile, que van desde el art. 142 al art. 154, se refieren a la tramitación, resolución modificación, revocación, sustitución, caución económica, prohibición de comunicación y término de la prisión preventiva, que no son objeto de comparación en este trabajo.

Pero otro artículo que merece comparación, por su importancia es el siguiente:

Párrafo 6º

Otras medidas cautelares personales

Art. 155.- (Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales).- Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación del tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

- a) la privación de libertad total o parcial, en su casa o la que el propio imputado señalare, si aquella se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal,**
- b) la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;**
- c) la obligación de presentarse periódicamente al juez o ante la autoridad que el designare;**
- d) la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;**
- e) la prohibición de salir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;**
- f) la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare en el derecho o defensa, y**
- g) la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia y, en su caso, la obligación de abandonar que compartiere con aquel.**

El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas, según resultare adecuad al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

⁴⁷ La "proporcionalidad", fue analizada en el Capítulo II, en el punto 2.8.3 inc. b).

La procedencia, duración, impugnación de estas medidas cautelares, se regirán por las disposiciones por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este párrafo.

En la legislación chilena, a diferencia de la nuestra, las “medidas sustitutivas”, están enumeradas en el art.155 y se las denomina “Otras medidas cautelares personales”; no obstante que contienen similares obligaciones y prohibiciones para el imputado; excepto por la “fianza juratoria” tanto personal como económica establecida en el inc. 6) de nuestra legislación, que a su vez están detalladas claramente desde el art. 241.- (Finalidad y determinación de la fianza), 242.- (Fianza juratoria), 243.- (Fianza personal) y 244.- (Fianza Real); en el Código Procesal Penal de Chile, se encuentra reglada en el art. 146, con el nomen juris de “Caución para reemplazar la prisión preventiva”.

2.10.4. Bolivia: La Detención Preventiva

Como es de conocimiento general, en nuestro país, en la Ley N° 2494 de 4 de agosto de 2003, “Ley de sistema Nacional de Seguridad Ciudadana”, en el capítulo que trata a la Modificación e Incorporaciones al régimen de Medidas Cautelares, como el nombre lo indica se hicieron modificaciones e incorporaciones a las medidas cautelares personales, en los artículos 234.- (Peligro de fuga) y 235.- (Peligro de obstaculización).

Como la práctica así lo ha demostrado, se puede evidenciar que los requisitos establecidos para la aplicación de las medidas cautelares de carácter personal, aún con las incorporaciones hechas por la citada **Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana**; no cumplen la función para la cual han sido creadas, es más no son suficientes para precautelar la presencia del imputado en el proceso, porque el juzgador en atención a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal, basándose sólo en el hecho de que el **imputado** cuenta con familia

asentada, fijación del domicilio y trabajo establecidos, concede la libertad al **imputado**; requisitos que como se ha demostrado en la práctica, son insuficientes, para evitar la fuga del **imputado** y por ende la obstaculización de la averiguación de la verdad; siendo imprescindible como observo, la implementación de una disposición en las medidas cautelares de carácter personal, que considere de la **gravedad del hecho**, para que cumplan su verdadera finalidad cual es asegurar la culminación del proceso y la aplicación de la sentencia correspondiente a quien se la merece.

Realizando una comparación con las legislaciones citadas anteriormente, es decir el Código Alemán, Ley de Enjuiciamiento Criminal de España y Código Procesal Penal de Chile; puedo indicar que en nuestro Código de Procedimiento Penal, la institución de las **Medidas Cautelares de Carácter Personal** no ha sido total y adecuadamente elaborada ni modificada o complementada en varios aspectos; menos aún adecuada a nuestra realidad social; siendo que una institución tan importante como lo es ésta, debería estar descrita claramente, y por sobre todo, en conformidad a como lo expresa nuestra misma Constitución Política del Estado, debería definirse con prioridad la **igualdad de derechos procesales** que deben regir tanto para la **víctima** como para el **imputado**.

2.11. Análisis de Casos

De la misma forma que hice el análisis de la Legislación de otros países en cuanto al tema que a esta tesis ocupa, en éste punto realizaré el análisis sobre la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, en algunos expedientes.

A continuación haré referencia a algunos de los miles de casos, en los que no se consideró la **gravedad del hecho**, aspecto sumamente importante que debe

observarse a tiempo de conceder o negar la libertad al **imputado** en la aplicación de las **Medidas Cautelares de Carácter Personal**.

Asimismo, inmediatamente de colocar las generales del proceso y sin ahondar demasiado en éstas, me remitiré directamente, como es de interés de éste trabajo, al sumo de la Audiencia de Medidas Cautelares.

CASO 1

Ministerio Público contra Victoria Layme de Alanoca y Sergio David Alanoca Quispe

Delito: Lesiones Leves

a. Relación de Hechos

Rina Quispe Ticona, desde hace casi un año, mantenía relaciones extramaritales con Sergio David Alanoca Quispe, el día 23 de febrero de 2003, se encontraron en un bar de la zona Garita de Lima, donde consumieron varias botellas de cerveza, hasta las 02:00 a.m., posteriormente se dirigieron al Edif. La Paz, ubicado en la Av. 20 de Octubre de la zona de Sopocachi, donde Sergio David Alanoca Quispe, trabajaba como portero; alrededor de las 07:00 a.m., fueron sorprendidos por la administradora del edificio y por su esposa Victoria Layme de Alanoca, quien empezó a agredirla físicamente dándole puñetazos en la cara, posteriormente la obligó a subir a un taxi, para llevarla a un domicilio de la calle Líbano, de la zona Germán Busch de la ciudad de El Alto, donde Victoria Layme de Alanoca, su hermana Elsa Layme y otra mujer de identificación desconocida la desvistieron y la golpearon brutalmente no sólo con puñetes y patadas sino también con una madera, le cortaron sus trenzas, y con una hoja de afeitar le cortaron la frente dejándole una marca indeleble de aproximadamente de 10cm. de longitud. Hasta que recién al día siguiente 24 de febrero, decidieron dejarla en la vía pública sin ropa y quitándole todas sus pertenencias.

b. Primera Audiencia pública de Consideración de la Aplicación de Medidas Cautelares

En el Juzgado Octavo de Instrucción en lo Penal – Cautelar, en fecha cuatro de junio del año 2003, se constituyó la audiencia pública de consideración de la aplicación de MEDIDAS CAUTELARES, la que fue **suspendida por inasistencia del representante del Ministerio Público**, hecho que el abogado de la defensa hace constar; por lo que el Sr. Juez señala que no corresponde llevar adelante dicho acto procesal sin contar con la presencia del Fiscal, el cual deberá continuar con la investigación conforme establece la norma.

c. Auto Motivado

En fecha 24 de julio de 2003, el Sr. Juez, por la facultad conferida por el art. 254.- (Jueces de Instrucción), del Código de Procedimiento Penal, dispone que los imputados Victoria Layme de Alanoca y Sergio David Alanoca Quispe, **continúen en libertad** y de conformidad con el art. 240.-, del mismo código, señala como medidas sustitutivas:

- 1. La presentación ante el señor Fiscal, las veces que sean convocados a firmar el libro correspondiente.**
- 2. La prohibición de cambiar de domicilio sin la autorización de este Juzgado, mismo que deberán fijar para este efecto.**
- 3. Una fianza económica de Mil Bolivianos para cada uno que deberán depositar en el Consejo de la Judicatura.**

También se les advirtió a los Imputados, que en caso de incumplimiento de las medidas impuestas se revocará el beneficio y se dispondrá la detención preventiva conforme a ley.

Asimismo, se notificó a las partes a efectos de apelación.

d. Resolución

El Juzgado Octavo de Instrucción en lo Penal Cautelar, dentro de la investigación seguida por el Ministerio Público a denuncia de Rina Quispe Ticona en contra de Victoria Layme de Alanoca y Sergio David Alanoca Quispe, por el supuesto delito de **Lesiones Gravísimas**.

e. Auto Interlocutorio, de 30 de enero de 2004.

Vistos: La fundamentación y modificación del Fiscal, lo expuesto por el abogado defensor, lo expresado por los imputados y la revisión de antecedentes.

Considerando: El Fiscal, hace relación de los hechos y los imputados son partícipes de un hecho tipificado en el art. 270.-(Lesiones Gravísimas).-, del Código Penal, y que los imputados han resarcido el daño, y **que la víctima habría abandonado el caso, y no tendría interés de continuar el proceso,** y para concluir la etapa preparatoria, solicita la **Suspensión Condicional del Proceso.**

Considerando: Que el abogado de la defensa está de acuerdo. Los imputados manifiestan su conformidad.

Considerando:

1. El Art. 23.-(Suspensión condicional del Proceso) del Código de Procedimiento Penal, faculta a las partes a solicitarlo cuando se hayan cumplido sus requisitos.
2. Se hizo la imputación formal en base al art. 270.-(Lesiones Gravísimas).-. Se establece que **los imputados no tienen antecedentes penales,** se han

sometido al proceso, han **resarcido el daño ocasionado a la víctima** y **EL ABANDONO QUE HAY POR PARTE DE LA VÍCTIMA**, en caso de ir a Juicio, **la pena no excede los tres años**, en consecuencia es previsible la **Suspensión Condicional del Proceso**

Por tanto: El Juez Octavo de Instrucción en lo Penal, **dispone la SUSPENSION CONDICIONAL DEL PROCESO** a favor de los imputados Victoria Layme de Alanoca y Sergio David Alanota Quispe, y se imponen las siguientes reglas a cumplir por un periodo de un año:

1. La prohibición de cambiar de domicilio, sin la autorización de este Juzgado.
2. La prohibición de involucrarse en otros hechos de esta naturaleza.
3. Someterse a la vigilancia del Juez de Ejecución Penal.

En caso de incumplimiento se revocará el beneficio concedido, debiendo continuar el proceso, si cumplen se extingue la acción penal.

Se notifica a la parte imputada, si lo desean imponer recurso de apelación incidental.

Análisis del Caso

Luego de analizar éste caso, puedo indicar que en nuestro Código de Procedimiento Penal, la institución de las Medidas Cautelares Personales, no cuenta con suficientes requisitos con los que se pueda proceder a una efectiva y oportuna **detención preventiva**, es decir, en los casos en los que realmente sea necesario debido a la **“gravedad del hecho”**; por ejemplo, en este caso el hecho es tipificado según el Código Penal **art. 270.- (Lesiones Gravísimas)** en

el inc. 4) “**La marca indeleble o la deformación permanente del rostro**”, cuya pena privativa de libertad es de dos a ocho años; por lo que considero, debería haber procedido la **detención preventiva** en contra de los imputados en atención a la apreciación de la **gravedad del hecho**, para la que se tendría que haber tenido en cuenta por sobre todo **la naturaleza de la acción** (es decir la alevosía, ventaja y el ensañamiento con que se cometió el delito, además de la utilización de instrumentos, arma blanca), **los medios empleados** (que comenzó con secuestro, uso de objetos contusos, robo), **la extensión del daño causado** (que concluyó en la marca indeleble y deformación permanente en el rostro de la **víctima**) **y del peligro corrido** (el momento de la comisión del delito y las consecuencias sufridas por la **víctima**), como lo dispone el **art. 38.- (Circunstancias)**.-, del Código Penal; que considero tienen gran importancia para efectos de **conceder o negar la libertad provisional**, que lamentablemente, no toma en cuenta el Código de Procedimiento Penal.

Por otro lado, también se “**evidencia el abandono de la víctima y el desinterés de continuar con el proceso**”, que según creo, por supuesto que la **víctima**, que se ve disminuida en sus derechos, ya no querrá continuar con el proceso, ante la falta de protección e inseguridad jurídica, lo que demuestra la **desigualdad procesal existente entre el imputado y la víctima**, y las **facilidades y garantías que otorga**, en este caso **a los imputados**, el Código de Procedimiento Penal, en detrimento de la **víctima**, que en aplicación irrestricta de la norma, el Fiscal consideró, que debido sólo a que los imputados no tienen antecedentes penales, se sometieron al proceso y **resarcieron el daño a la víctima -que por cierto no está para nada acorde con la magnitud del daño ocasionado-**, no solicitó que el Juzgador les impusiera la detención preventiva como medida cautelar, no obstante la **gravedad del hecho** cometido; porque pese a que los imputados, aunque a la fuerza y con mandamientos de aprehensión, asistieron a los actos del proceso, también demuestra por otra parte, **el peligro de obstaculización** de la verdad por parte de los imputados; ante esta

situación, también continuaba latente el **peligro de fuga, por ser un delito de mayor gravedad**; más aún, el fiscal culminó la etapa preparatoria con la **Suspensión Condicional del Proceso**, dejando a la **víctima**, insatisfecha jurídicamente y con deseos de abandonar el proceso precisamente por esta impunidad.

Este caso, es uno más de los motivos, para la realización de esta tesis, en el que se evidencia, precisamente la ausencia de una disposición que considere la **“gravedad del hecho”**, como **requisito para la aplicación de las medidas cautelares personales** en el Código de Procedimiento Penal, con la que estoy convencida, este proceso que precisamente refiere a un **delito de mayor gravedad**, hubiese llegado a un término en el que se ponga en equilibrio el **Principio de Igualdad** procesal, entre la **víctima** y el **imputado**, y para que el Juez no se apoye en elementos tan subjetivos, que no le permitan hacer una verdadera aplicación de la ley.

CAPÍTULO

III

Capítulo III

La necesidad de considerar la Gravedad del Hecho en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, para una protección jurídica eficaz de la sociedad.

Las **medidas cautelares de carácter personal**, están destinadas a proteger a la sociedad de la exteriorización de ciertas tendencias que se encuentran larvadas en muchos individuos marginales, pero la dificultad con que tropieza el jurista, estriba en que dichas medidas deben ser administradas con suma cautela, para no lesionar el auténtico contenido de la libertad individual; analizando cuidadosamente elementos fácticos, entre los cuales prioriza el de la **gravedad del hecho**, como voy a desarrollar y demostrar en éste Capítulo, ya que tiene por finalidad calificar el delito, consiguientemente, también el trámite procesal debiera ser en atención a dicha **gravedad** y a las consecuencias; y no sólo a elementos establecidos para la aplicación de las medidas cautelares de carácter personal, en el Código de Procedimiento Penal, referentes a las disposiciones de los artículos **234.-(Peligro de fuga).**- y al **235.-(Peligro de obstaculización).**- que considero son tan subjetivos porque el imputado al conocer las consecuencias que le pueden venir ante la comisión de un **delito de mayor gravedad**, estando en libertad, prefiere fugar; porque no existe un indicador posible que determine que el **imputado** se va a fugar o no, lo que es mucho más subjetivo que incluso el conocer la intención que ha tenido el autor en la comisión del hecho, porque esto va al fuero interno del **imputado**, por lo que el considerar dichas instituciones como el **peligro de fuga y peligro de obstaculización**, entraña una dificultad para el juzgador, ya que los elementos que configuran éstas no son objetivas

manifiestas y claras y pueden inducir en error, tanto beneficiando al **imputado**, o perjudicando a la **víctima**, al Estado y poniendo en riesgo la ecuanimidad de la actuación del juzgador.

3.1. La Importancia de una mejor apreciación de las “Circunstancias” para la Medición y Aplicación de las Penas

Los elementos accidentales del delito son conocidos en la doctrina y en la legislación como **circunstancias**, por lo que para tener un concepto mucho más elaborado hago mías las expresiones del connotado jurista boliviano **Dr. Benjamín Miguel Harb**, que señala: *“éstos elementos accidentales llamados circunstancias, no afectan a la sustancia del delito ni a su existencia, estén o no presentes, hay delito, pero proyectan su eficacia en la medición de la pena o como decimos en Derecho Penal, modifican la responsabilidad penal”*⁴⁸. Y continúa diciendo: *“Las circunstancias, en efecto, modifican la pena, en algunos casos la naturaleza, de éste (privación de libertad por presidio), en otras la cuantía de éste. Los italianos llaman “pena edictal” a la vez que corresponde al delito sin circunstancia. El efecto de la circunstancia se refiere a aumentar o disminuir la pena, a propósito de ellas decía Denadieu de Vabres: “las circunstancias agravantes juegan al lado de las penas un papel simétrico al de las excusas atenuantes, obligando al juez a llevar la pena por encima del máximo previsto por la ley para la infracción simple”*⁴⁹.

⁴⁸ **MIGUEL HARB, Benjamín**, “DERECHO PENAL”, Parte General, Tomo II, Librería Editorial “Juventud”, La Paz – Bolivia, 1998. Pág. 403.

⁴⁹ citado por **MIGUEL HARB, Benjamín**, “DERECHO PENAL”, Parte General, Tomo II, Librería Editorial “Juventud”, La Paz – Bolivia, 1998. Pág. 404.

Con el mismo propósito, es decir, el tener una idea más cabal y acorde a lo que pretendo expresar en este trabajo, creo necesario, transcribir lo manifestado por **Juan Bustos Ramírez**, que dice: ***“las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión, del injusto, es decir, que están dirigidas a una mayor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mayor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales”***⁵⁰.

Las **consideraciones expuestas**, tanto doctrinales como legales, previstas en el Código Penal en el artículo 38.-(Circunstancias); a mi juicio debieron haber sido tomadas en cuenta en la elaboración del Nuevo Código de Procedimiento Penal, en las Medidas Cautelares de Carácter Personal, así como en la Ley que lo reforma; de ahí que voy a ocuparme de éstos elementos accidentales que influyen en la conciencia y en los estados motivacionales del imputado; y éstas son:

3.1.1. La “Gravedad del hecho” y la proporcionalidad de la Medida Cautelar impuesta

Con carácter previo, antes de referirme a los aspectos de la **gravedad del hecho**, creo pertinente referirme en primera instancia, a la **Constitución Política del Estado**, que dotada de supremacía, es norma vinculante y, por ende, se aplica en forma inmediata y directa para cumplir o realizar los fines por ella perseguidos, entre ellos, el efectivo reconocimiento y salvaguarda de los derechos fundamentales, por sobre todo los de la **víctima** y los del **imputado**, en lo que a este trabajo respecta, esta pretensión debe ser en igualdad de condiciones como lo consagra el art. 6 de la Constitución Política del Estado.

⁵⁰ **BUSTIOS RAMÍREZ, Juan**, “Obras Completas” Tomo I, Derecho Penal, Parte General, Ara Editores, Perú, año 2004.

Con sujeción a la **presunción de inocencia**, quien sea imputado en un proceso penal no debe sufrir, en principio, ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales, en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena.

Las **medidas cautelares de carácter personal**, en el actual **Código de Procedimiento Penal**, son formas de coerción sobre la persona del **imputado** durante el transcurso del proceso penal, precisamente para cumplir sus objetivos, garantizar las diligencias de investigación, proteger y resarcir el daño a la **víctima**.

Lo que no puede justificarse es la **discriminación y desigualdad procesal ante la ley**, que trae consigo favorecer al **imputado**, con una medida cautelar sustitutiva a la detención preventiva, más aún sin considerar, **la gravedad del hecho cometido** -como vengo observando en este trabajo-, que necesariamente deberá ser afectado con una medida cautelar personal de mayor intensidad; la cual deberá valorarse, junto con otros criterios, como las circunstancias personales y sociales del **imputado**, sus actuaciones precedentes de no presentación y por sobre todo **valorar el riesgo de fuga y de obstaculización**, que pueda surgir debido esencialmente a la **gravedad del hecho**, -**porque como reitero a mayor gravedad del hecho mayor posibilidad de fuga**-; es con la imposición de la **detención preventiva**, que precisamente se hará cumplir el propósito de la medida cautelar, que es el de **asegurar la comparecencia del imputado** en la prosecución del proceso hasta efectivizar su sentencia.

Nótese, que **no pretendo la restricción a la libertad**, sino que como tengo manifestado líneas más arriba, debe ponerse en equilibrio a ambos sujetos, porque creo que esa es la manera adecuada para proceder con justicia, porque la, como lo compruebo con los casos analizados, en que los jueces, aplicando la

favorabilidad del imputado, han dejado en libertad para facilitar su amplia defensa, sin embargo, esto ha motivado la fuga.

Lo expresado, corrobora la importancia del **principio de proporcionalidad**, que debe considerarse en el momento de la aplicación de una medida cautelar, es por este principio, que se impone que el **coste de la privación de libertad sea proporcional a la “gravedad del hecho” cometido**; de lo que se desprende el beneficio que se puede obtener de dicha medida cautelar impuesta o sea la **detención preventiva**, porque dicho principio, presupone la legitimidad en la aplicación de la norma procesal penal, en la que se establecen los fines que se persiguen con las medidas cautelares, que son: la **evitación del peligro de fuga, impedir la obstaculización del proceso y el riesgo de reiteración delictiva**; porque a su vez también se exige que los fines y los peligros que de su posible frustración deriven, sean suficientes, como para justificar la privación de la libertad de una persona presumida inocente, con lo referido es como **justifico la necesidad de considerar la “gravedad del hecho”**, a tiempo de conceder o negar la libertad al **imputado**, en la aplicación de las medidas cautelares personales en el Código de Procedimiento Penal.

Este más bien, debería ser el sentido y alcance con que la medida cautelar de carácter personal se aplique, ya que este hecho confirma realmente la necesidad de que los operadores de justicia no interpreten y apliquen las medidas cautelares, en forma irrestricta, como se lo viene haciendo, lo que constituye una flagrante excepción al derecho material de la **igualdad ante la ley** y de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, en este caso tanto de la **víctima** como del **imputado**, consagrados en nuestra Constitución Política del Estado; por sobre todo los de la **víctima**, que espera más del proceso penal, como quiero demostrar con este trabajo, supone en todo caso y necesariamente para su satisfactoria culminación, de un régimen de coerción sobre el **imputado**, en este caso por la vía de la **detención preventiva**.

3.1.2. La “Naturaleza de la acción” y las circunstancias agravantes

De las consideraciones analizadas anteriormente se puede establecer que las **circunstancias**, modifican la naturaleza de la pena y en otros la cuantía, es decir la cantidad de la pena -el tiempo de duración de privación de libertad-.

Nuestro Código de Procedimiento Penal, reconoce las **circunstancias agravantes y atenuantes, genéricas o generales**, señalando los acontecimientos en la comisión del delito, modificando sus consecuencias, es decir **agravando la pena**, o en su caso **atenuándola**. Debo dejar claramente establecido que en atención a las teorías en estudio no suprimen el delito mismo.

Es necesario tomar en cuenta que las **circunstancias agravantes**, porque hacen más perjudicial el daño social, por los móviles que han intervenido en la comisión del hecho.

Consideradas éstas **circunstancias agravantes o atenuantes**, me corresponde referirme a las primeras, o sea a las **agravantes, que hacen que el daño causado por el delito sea mayor**, y que si bien son tomados en cuenta en el Código Penal, en los artículos antes señalados, lamentablemente no están considerados en el Código de Procedimiento Penal, para efectos de **conceder o negar la libertad**, puesto que éste se avoca simplemente a los puntos ya estudiados en el Capítulo II, páginas 107, 108 y 109 , como son: el **peligro de fuga** y **peligro de obstaculización** y **no relaciona** para nada el aludido caso de la **gravedad del hecho**, que debe ser necesario, porque en atención a la **gravedad del daño** y la **naturaleza del delito** y los **medios empleados**, se puede establecer las consecuencias del mismo, que son, en la mayoría de los

casos, sumamente perjudiciales, para el Estado, en particular para la **víctima**, y también demuestra una desconfianza de la sociedad al órgano jurisdiccional.

En las **circunstancias agravantes**, está la **premeditación**, que es la **meditación reflexiva en la resolución del delincuente para la comisión del acto**; **alevosía**, que las codificaciones la entienden como **traición** y que tienen como finalidad también asegurar la comisión del delito, sin riesgo alguno, y finalmente el **ensañamiento**, que **consiste en aumentar el mal del delito con otras medidas innecesarias** y no es posible que concurriendo éstas **agravantes**, **no se haya tomado en cuenta para la concesión de la libertad**.

3.1.3. Los Medios empleados y la Extensión del daño causado

Los **medios empleados**, pueden ser armas de toda clase, instrumentos u objetos, disfraces, sustancias venenosas, constrictores, sogas y otros, con los que se comete el delito, de tal manera que ponen en ventaja superior ala delincuente contra la **víctima**; esto implica claramente el **propósito doloso** del autor del delito, que de por sí lleva la **agravante**, incluso en el mismo tipo como por ej. en los delitos de **asesinato**, previsto en el Código Penal en el art. 252.- en el inc. 5) que hace alusión a las sustancias venenosas y otras semejantes; en el caso del art. 308.- (**Violación**)⁵¹, cuando por ejemplo se introduce objetos con fines libidinosos, el resultado obviamente es de **mayor gravedad**; otro ejemplo sería el caso de **robo agravado**, previsto en el art. 332.-, del mismo cuerpo legal, que se comete con armas; también se puede considerar los **medios empleados** en el **secuestro** que llega incluso a la **tortura y padecimiento de la víctima**.

⁵¹ **Ley Nº 2033** de 29 de octubre de 1999, “**Ley de Protección a las Víctimas de delitos contra la Libertad Sexual**”, que modifica el Código Penal.

Nótese, de que por sí el hecho ya está agravado por el uso de los medios a que he hecho referencia y no es posible que el Código Penal, tienda a **agrarar** el hecho en cada uno de los casos señalados por ejemplo y no concuerda con esto el Código de Procedimiento Penal, para permitir o negar la libertad en éstos casos. Lo propio puede señalarse, que como consecuencia de la **naturaleza del hecho o la acción y los medios empleados, el daño causado a la víctima es mayor**; no sólo en las consecuencias de la propia acción; o sea el impacto mismo del delito, esto es el **daño material**; sino también el **daño moral**, y consiguientemente la reparación a la **víctima**, también **debe ser mayor**, porque igualmente al no considerar el Código de Procedimiento Penal, éstos aspectos fundamentales **existe un desequilibrio entre los derechos del imputado contra los derechos de la víctima, del Estado y de la sociedad**; puesto que se los puede y debe considerar cuando se concede el beneficio de libertad, lo que ocasiona que sin tomar en cuenta éstas agravantes, se facilita la libertad al **imputado**, que se favorece con otras instituciones procesales, lo que constituye un factor de criminogenia.

Debo dejar claramente establecido que **no pretendo ir en contra** de la moderna concepción criminológica **de que la mayor gravedad de la sanción, no hace desaparecer el delito** y no es que esté en desacuerdo con penas más graves como en el caso de la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, Ley 1008, o también con las sanciones para la violación o el asesinato, puesto que en contraposición a ello surge el verdadero motivo de la pena; que está previsto en el art. 25.- del Código Penal, que para tener mayor precisión transcribo:

Art.25.- (La Sanción).- La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad. Tiene como fines la enmienda y la readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial.

Lo que pretende ésta disposición, es la enmienda y la reinserción del delincuente y en atención a ser una doctrina plasmada en la legislación de varios países, no pretendo ir en contra de ella, sino que el Código de Procedimiento Penal, **debería tomar en cuenta la gravedad del hecho**; lo que significa **poner un punto de equilibrio a los derechos de la víctima con los del imputado** y que no haya favorecimiento para éste último en detrimento de la víctima (ver Anexos Cuadro N° 1), del Estado y de la sociedad; porque como ya he manifestado en diferentes oportunidades éste desequilibrio conlleva al descontento social (ver Anexos Cuadro N° 2), porque creo firmemente que el Código **no establece esa igualdad** decantada, sino que favorece más al **imputado** y en ésta tesis pretendo no sólo buscar el equilibrio mencionado, sino que como expresaré más adelante pretendo que se tome en cuenta éstas agravantes.

3.1.4. Considerar el “Peligro corrido” para la imposición de la Medida Cautelar de Carácter Personal y la graduación de la pena

En cuanto a la peligrosidad, puedo manifestar, que si hoy en día no puede ser considerada la peligrosidad del autor mientras no cometa el delito, pero creo necesario y fundamental considerarla para la **graduación de la pena**, en los límites establecidos como lo señala el inc. 2) del art. 32 del Código Penal, y creo también importante, que una vez considerado el hecho se tome en cuenta el **peligro corrido**, como una agravante de la personalidad del autor, por el riesgo que el acto entraña una vez cometido el delito, y por la **perversidad** con que puede actuar el delincuente y como consecuencia lógica el **peligro que corre la víctima**, aspecto éste que debe ser tomado en cuenta por el juez a tiempo de la imposición de la medida cautelar y por ende de la pena, así como “**el grado**

antisocial que le empuja a cometerlo”, como señala Osorio⁵² en cuanto a la **“temibilidad”**; a mi entender, constituyendo un elemento de las circunstancias del delito, debió tomarse en cuenta en las Medidas Cautelares de Carácter Personal.

De ahí mi proposición, que el Código de Procedimiento Penal, debe ser modificado en el sentido de que se incluyan como aspectos fundamentales la **peligrosidad** como señalé anteriormente.

El análisis aquí realizado, me permite con acierto **determinar**, la necesidad de una **reforma** al Código de Procedimiento Penal, en el Capítulo de las Medidas Cautelares, para que **tenga que incluirse** en las mismas, **que el Juez deba tomar en cuenta fundamentalmente, “las circunstancias”**: la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y el peligro corrido, esto, significa sopesar no sólo los derechos de la **víctima**, sino del Estado y la sociedad con los derechos del **imputado**, que según nuestro Código de Procedimiento Penal, se ha favorecido en detrimento de la **igualdad** consagrada en el art. 6.- del mismo código.

3.1.5. Consideración del Concurso Ideal, Concurso Real y Pluralidad de delitos

Habiendo hecho las consideraciones relacionadas a la **gravedad del hecho**, naturaleza de la acción, los medios empleados, extensión del daño causado y del peligro corrido; aún corresponde considerar otros aspectos de importancia, que son concernientes para **determinar la libertad del imputado**, y consiguientemente están relacionados con la **gravedad del hecho**, y éstos son:

⁵² **OSSORIO, Manuel**, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Edit.Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 1974, Pag 737

3.1.5.1. Concurso Ideal

El jurista boliviano Benjamín Miguel Harb⁵³, en cuanto al **Concurso Ideal o Formal** se refiere, nos dice: ***“que se presenta cuando una sola conducta o acción, se traduce en varios infracciones o cuando se comete un delito como medio para cometer otro”***. En este caso existen dos delitos pero se unifican en la conciencia del agente por el vínculo que une a unos y otros. Para que exista **concurso ideal**, se requiere unidad de fin.

En el art. 44, del Código de Procedimiento Penal, se establece el **concurso ideal**, que a continuación transcribo:

Art. 44.-(Concurso Ideal).- El que con una sola acción u omisión violare diversas disposiciones legales que no se excluyan entre si, será sancionado con la pena del delito más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta en una cuarta parte.

3.1.5.2. Concurso Real

De igual manera, acerca del Concurso Real, el ya citado jurista

Miguel Harb⁵⁴, señala que: ***“El Concurso Real o Material, existe cuando se han realizado un o varios hechos encaminados a fines distintos que causan diversas infracciones independientes”***. Para que se de ésta situación es preciso: a) que el agente sea el autor de uno o más hechos dirigidos a obtener distintos fines delictivos; b) que se produzcan diversas infracciones; c) que ninguno de los delitos haya sido penado anteriormente, porque sino se daría la situación de reincidencia.

⁵³ **MIGUEL HARB, Benjamín**, “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Lib. Editorial “Juventud”, La Paz – Bolivia, año 2003 Pág. 196

⁵⁴ **MIGUEL HARB, Benjamín**, “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Lib. Editorial “Juventud”, La Paz – Bolivia, año 2003 Pág. 195

Nuestro Código de Procedimiento Penal, dispone el **concurso real**, en el art. 45, que es como sigue:

Art. 45.-(Concurso Real).- El que con designios independientes, con una o más acciones u omisiones, cometiere dos o más delitos, será sancionado con la pena del más grave, pudiendo el juez aumentar el máximo hasta la mitad.

3.1.5.3. Pluralidad de delitos

Con frecuencia se ve en estrados judiciales y hasta hipotéticamente puede darse éstos hechos donde se determina una pluralidad de delitos, de ahí que el codificador ha previsto en el Código Penal, en el **art. 46** la **Sentencia Única**, esto, cuando el **imputado** comete más de un delito. La acepción “**pluralidad**”, en el diccionario de la lengua castellana, significa: “Calidad de ser más de uno”.

En atención, a que si existe más de un delito, esto sin que signifique concurso ideal o real, a los que me he referido anteriormente, sino que puede

ocurrir el caso de que el **imputado**, ha cometido el mismo o diferentes delitos contra la misma o diferentes personas, de tal forma, que se le siguen procesos diferentes y en atención al **art. 46.-(Sentencia única)** del Código Penal, debe dictarse una sentencia única, esto con el propósito de que no se distraiga la atención, tanto del Fiscal o del órgano jurisdiccional, y no signifique más gasto, como en todo el proceso y no se multipliquen los esfuerzos.

Igualmente el **imputado**, estará librado de realizar mayores erogaciones económicas en su defensa privada o estatal, esto posibilitará que se tenga mayor convicción sobre los hechos que se le sindicán.

Finalmente no es posible que el mismo **imputado** tenga diferentes sentencias, de ahí que se le otorgue no sólo, como lo señala el ya citado artículo del Código Penal:

Art.-46.-(Sentencia Única).- En todos los caso de pluralidad de delitos, corresponde al Juez que conozca el caso más grave, dictar la sentencia única, determinando la pena definitiva para la totalidad de los mismos, con sujeción a las reglas de Código de Procedimiento Penal.

Para el efecto de la sentencia única, es necesario considerar la acumulación de los procesos para que sea un solo Juez o Tribunal quien dicte la “sentencia única”, para tal efecto se consideran las reglas establecidas en el **art. 49.-(Reglas de competencia territorial).-**, del Código de Procedimiento Penal, en especial la dispuesta en el inc 6) de dicho artículo:

Art. 46.- (Reglas de competencia territorial).- Serán competentes:

- 1) El juez del lugar de la comisión del delito. El delito se considera cometido en el lugar donde se manifieste la conducta o se produzca el resultado;**
- 2) El juez de la residencia del imputado o del lugar en que éste sea habido;**
- 3) El juez del lugar donde se descubran las pruebas materiales del hecho;**
- 4) Cuando el delito cometido en territorio extranjero haya producido sus efectos en territorio boliviano, conocerá el juez, del lugar donde se hayan producido los efectos o el que hubiera prevenido;**
- 5) En caso de tentativa, será el del lugar donde se realizó el comienzo de la ejecución o donde debía producirse el resultado; y**
- 6) Cuando concurren dos o más jueces igualmente competentes conocerá el primero que haya prevenido.**

Los actos del juez incompetente por razón del territorio mantendrán validez, sin perjuicio de las modificaciones que pueda realizar el juez competente.

Ahora bien, se ha manifestado que si bien ésta pluralidad de delitos, no constituye Concurso Ideal o Concurso Real, sin embargo implica una mayor

gravedad del hecho, y consecuentemente el juez que conoce **determina la pena única definitiva** para la totalidad de los mismos.

Esto significa que existe también acumulación de la condena y que tiene que aplicarse lo previsto en el **art. 27.-(Privativas de libertad).**- del Código Penal, cuyo máximo de la sanción no debe exceder de los 30 años.

Significa también **gravedad del hecho**, lo considerado en el punto **3.1.1.**, y tiene repercusión directa con el hecho de que se debe considerar o no la libertad provisional del **imputado**, puesto que si éstos hechos en forma individual son graves y se tienen que sumar para la **sentencia única**, por lo que el juez tiene que tomarlos en cuenta.

3.2. La Libertad provisional del Imputado

Antes de ingresar a referirme a la **concesión de libertad del imputado o su detención**, en los casos establecidos por el Código de Procedimiento Penal; es necesario para entender mejor, dar un concepto de la **libertad provisional** de la que goza el **imputado** en el encausamiento, para luego referirme a los aspectos positivos y negativos de la misma.

3.2.1 La Libertad de la persona

La **libertad**, es un bien consagrado en la Constitución Política, en el art. 6, párrafo II, se consagra que **“la dignidad y la libertad son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”**; y también la misma Constitución Política del Estado, señala que hasta puede ser detenido, etc., sin el mandamiento respectivo; ahora bien no voy a ingresar a la acepción amplia de la **libertad de la persona**, sino simplemente a esta institución como un bien

principal en sentido de su **libre tránsito**, o si se quiere como dicen algunos al respecto en los textos constitucionales: **libre locomoción**.

Al respecto, el tratadista boliviano, Benjamín Miguel Harb⁵⁵, en su libro “Derecho Constitucional”, comenta acerca de la **libertad de tránsito**, que es importante, porque su limitación es coartar la libertad en sí; que por ejemplo, se ve restringida con la declaratoria del Estado de Sitio.

En atención a que la **libertad**, tiene que ser aplicada con criterio amplio e irrestricto como lo señala el Código de Procedimiento Penal, que prescriben en los arts. **7.- (Aplicación de las medidas cautelares y restrictivas)**, “*...cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado deberá estarse a lo que sea más favorable a éste*” y **222.- (Carácter)-**, “*que las medidas cautelares personales se aplicarán con criterio restrictivo y se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados...*”, cualquiera de éstas medidas cautelares, ya sea la detención o medidas sustitutivas o inclusive las propias medidas cautelares de carácter real, como están señaladas en el **art. 252.-**

Ahora bien no es posible concebir esta libertad, concordante con el **principio de inocencia** establecido en el art. 8 del Código de Procedimiento Penal y 16 párrafo II de la Constitución Política del Estado, no es posible en su concepción lata e irrestricta, porque dificulta el encausamiento y además hasta puede constituir un factor de criminogenia, por lo que es necesario para que proceda la detención en éste caso del **imputado** de un delito, cumplir estrictamente las disposiciones del **art. 233.- (Requisitos para la detención preventiva)-**, del Código de Procedimiento Penal que viabilizan la detención, para que exista un

⁵⁵ **MIGUEL HARB, Benjamín**, “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Lib. Editorial “Juventud”, La Paz – Bolivia, año 2003. Pág. 43

debido proceso; sin embargo, no me opongo y estoy plenamente de acuerdo con las previsiones del Código Penal y los principios señalados en los artículos ya citados 7 y 222 del Código de Procedimiento

Penal, para que el **imputado**, pueda defenderse con mayor facilidad que estando detenido, empero, **creo firmemente** que en la elaboración del Código de Procedimiento Penal **DEBIÓ CONSIDERARSE LA “GRAVEDAD DEL HECHO”, PARA CONCEDER O NEGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL EN ATENCIÓN A LA DESCRIPCIÓN REALIZADA PRECEDENTEMENTE DE LAS “CIRCUNSTANCIAS” Y DE ESA MANERA DAR LA CONFIANZA NECESARIA A LA SOCIEDAD, ADEMÁS DE OTORGARLE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES TANTO A LA VÍCTIMA COMO AL IMPUTADO**, de esa manera creo que se puede establecer el verdadero fin de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, que no sólo es para que responda por la sentencia sino que debe también tenerse en cuenta que sea posible la presencia del encausado durante el proceso y la reparación del daño y que como reitero se devolverá la confianza social en los órganos de justicia.

Además, considero sumamente importante tomar en cuenta y porque ese es el sentido que le otorga, lo expresado en el **Documento N° 52 “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”**⁵⁶ de 29 de Noviembre de 1985; que en su inciso A. Las víctimas de delito”, hace referencia al “Resarcimiento”, que a continuación transcribo:

Resarcimiento

8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o pagos por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

⁵⁶ **“LAS NACIONES UNIDAS Y LOS DERECHOS HUMANOS”**, 1945 – 1995, Publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva Cork, NY 10017, Impreso por la Sección de Reproducción de las Naciones Unidas Nueva York.

Como consecuencia de lo señalado, el mismo documento también trata sobre la “Indemnización”:

Indemnización

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delinciente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;

b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas, que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

Por otra parte, el Estado asegura la correcta aplicación de la ley, otorgando tanto al **imputado** como a la **víctima** igualdad de condiciones, no sólo en la persecución e imposición de la condena sino también en la reparación del daño causado ya que al tenor del **art. 14.- (Acciones)**, del Código de Procedimiento Penal, que señala que de todo delito emergen dos acciones: la **acción penal**, para la averiguación del hecho punible o delito de la que van a surgir dos hipótesis: la condena o la absolución; y por otro lado la **acción civil**, para la reparación del daño causado, de la que también surgen otras dos hipótesis, la primera es que de conformidad al **art. 87.- (Responsabilidad civil)**, del Código Penal, que establece que “el que es responsable penalmente lo también civilmente”; en este caso paga la reparación del daño el autor del hecho, más aún si ha sido suprimida la **Caja de Reparaciones**, que estaba consagrado en el art. 94 de la anterior legislación del Código Penal, derogada por el Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999.

Ahora bien, si de la acusación resulta que es falsa o hasta temeraria, se comprueba la comisión del delito, contada razón, también emerge la

responsabilidad civil a favor del **imputado**, como señala el art. del Código de Procedimiento Penal, además en **art. 95.- (Indemnización a los inocentes)** del Código Penal.

Es más; en el momento que el juez va a disponer la libertad del imputado, debe tener en cuenta la **gravedad del hecho**, porque la libertad irrestricta permite también, impunidad del hecho y de su autor, porque como consecuencia de lo que he manejado, que a mayor **gravedad del hecho** mayor posibilidad de fuga y es precisamente lo que ha ocurrido en nuestro medio, en la ciudad de La Paz, ámbito espacial, propuesto en ésta tesis; burlando de ese modo la seriedad de la aplicación de la ley y la justicia, que me lleva a pensar firmemente, por eso mi insistencia y persistencia de incluir la **gravedad del hecho**, en las medidas cautelares a tiempo de conceder o negar la libertad.

Por otro lado, en cuanto al estudio que me corresponde; como ya he manifestado, para precautelar el desarrollo del proceso con la intervención necesaria del **imputado**, así como la culminación del mismo con la posible ejecución de sentencia; la **detención preventiva del imputado**, es un hecho que también, entraña efectos tanto positivos como negativos, en diferentes aspectos, tanto para la **víctima** como para el **imputado**, como a continuación señalo:

3.2.2. Aspectos positivos sobre la “concesión de libertad provisional” del Imputado

Considero que son varios los aspectos positivos con el hecho de que el **imputado** se beneficie de la libertad, es decir que el Juez, durante la audiencia de Medidas Cautelares, no disponga la **detención preventiva**, y éstas son:

3.2.2.1 Estado de Inocencia

Este es un aspecto sumamente positivo, principio citado en el art. 6 del Código de Procedimiento Penal y en el párrafo I del art. 16 de la Constitución Política del Estado, ya antes analizado; permite que el Juez de la causa, aplique el verdadero **estado de inocencia**, que beneficia al **imputado**, es decir que no obstante pesara acusación en su contra y mientras no se pruebe su culpabilidad además del **estado de inocencia**, le permita estar en la más **amplia libertad**, que es uno de los elementos principales del Sistema Procesal Acusatorio.

El **imputado**, está beneficiado, tanto para asumir su defensa, como para el entorno social en el que vive, es decir mientras no se le pruebe el delito que se le acusa.

3.2.2.2 La Libertad del Imputado

En éste mismo Capítulo, en el punto 3.2.1, me he referido a la **libertad de la persona**, señalando que la misma es inviolable; de ahí que cuando se realiza un acto contrario a la restricción de la misma se comete un delito previsto en el Código Penal, más aún si no se guardan las formalidades señaladas en el Código de Procedimiento Penal, en consecuencia al constituir un derecho consagrado en la Constitución Política del Estado, es también una **ventaja** para el **imputado**, en atención a que estando en libertad en el proceso puede **asumir ampliamente su defensa**, en forma irrestricta, para demostrar o desvirtuar la acusación y quede en el estado en el que se encontraba al principio o en su caso para atenuar la **gravedad del hecho** que se le acusa e incluso demostrar que la acción resarcitoria es menor.

3.2.2.3 Reinserción Social

El **imputado**, gozando de libertad durante el proceso, constituye la mejor forma de **reinserción social**, puesto que además de tener responsabilidad y obligación de asistir al llamado del Juez, y en su caso estar sujeto a las condiciones que él imponga, puede desarrollar en amplitud todos los demás derechos, que

naturalmente estarían restringidos estando detenido, así por ej. podrá trabajar o dedicarse a una actividad útil, podrá estudiar o realizar cualquier actividad permitida, estando siempre en el entorno social familiar, por lo que ésta institución de la “**libertad**”, beneficia grandemente al **imputado**.

3.2.2.4 Entorno Familiar

El **imputado** al gozar de **libertad**, y como expliqué anteriormente no deja el entorno familiar, continuando en el mismo, de lo que estaría imposibilitado en detención, más aún si el **imputado** es casado le permite estar con su esposa y con sus hijos, sigue ejerciendo la autoridad de padre que le otorga el Código de Familia y otras disposiciones.

Por otro lado la presencia en el hogar de éste **imputado**, no permite la disgregación de la familia y las consecuencias que pudieran surgir de una familia desperdigada, por ejemplo que los hijos no tengan control y otros problemas, hasta los de alimentación; que pudieran tener por la ausencia del **imputado**.

Si el **imputado** es menor de edad continuará junto a sus padres o continuando con sus estudios y cualquier otra actividad que desempeña en el rol social que le corresponde.

La libertad del imputado significa un aspecto sumamente positivo par el mismo.

3.2.2.5 Indemnización o Reparación del Daño

El hecho del que el **imputado**, esté gozando del beneficio de libertad, constituye un acto positivo, para que con el trabajo que éste desempeña pueda después de la sentencia, siempre que haya tenido sentencia condenatoria ejecutoriada, responda por el daño causado, ya sea en forma de **reposición o indemnización**, para ello será necesario que el Juez que le imponga Medidas Sustitutivas a la detención, como ser el arraigo y ante todo Medidas Cautelares de Carácter Real; lo contrario estando detenido dificulta el pago de la indemnización,

de ahí que he visto por conveniente determinar como ventaja el hecho de que el **imputado** esté en libertad.

3.2.3. Aspectos negativos sobre la “concesión de libertad provisional” del Imputado

Entre los aspectos negativos que puedo señalar, con la libertad del **imputado**, es que gozando de la misma, éste puede fugar del lugar; ya sea en el caso de la libertad provisional o bajo fianza; de ésta fuga se pueden determinar dos aspectos negativos:

3.2.3.1 Ausencia del Imputado en el proceso

La ausencia del **imputado** en el proceso penal, hace que se tenga que declarar la **rebeldía**, porque no se puede juzgar a un procesado ausente, lo que aumenta los gastos para la **víctima** y para el Estado y consiguientemente **no puede ser juzgado**, se suspende todo el proceso, si bien se suspende la prescripción, sin embargo queda una situación incierta para realizar el proceso por lo que existe insatisfacción del propio Estado, porque no está demostrando su eficacia en el juzgamiento al igual que el Ministerio Público y también es perjudicada la **víctima**, al igual que la sociedad, y el propio **imputado**, por la situación incierta en la que se encuentra.

3.2.3.2 Dificultad en la Reparación o Indemnización del daño a la Víctima

Al no estar presente el **imputado**, en el proceso aumenta la dificultad en la “**reparación o indemnización del daño causado**”.

Otra desventaja, es que en estos casos tanto el hecho como el autor quedan impunes, ya que no se lo puede juzgar para imponer la sanción penal correspondiente y la consiguiente reparación del daño a la **víctima**.

Otro de los problemas fundamentales, que como ya antes señalé, es la **amplitud de las fronteras** que tenemos y la falta de eficacia en el **arraigo**, para que el **imputado**, o permanezca en el procesamiento, más aún si el delito reviste **mayor gravedad**, porque como ya tengo manifestado **a mayor gravedad del hecho, mayor posibilidad de fuga.**

3.2.3.3 Desventajas con la “Detención Preventiva” del Imputado

Si bien la “**detención preventiva**”, es como muchos tratadistas señalan un anticipo de la pena; creo que ante todo en los delitos más graves es factible, lo mismo, como sostengo en éste trabajo; pero desde ya causa un perjuicio al propio **imputado**, porque está en la desventaja de que se le priva de libertad, principio fundamental que reconoce la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales.

Con la **detención** del **imputado**, también vienen consecuencias anímicas desfavorables para el **imputado**, por un lado pérdida de la familia, disgregación de la misma,, pérdida de su trabajo o estudios, deja una familia que queda sin la manutención necesaria.

Por otro lado, teniendo en cuenta la clase de establecimientos penitenciarios que tenemos en la ciudad de La Paz, se dificulta la **reinserción social**, tanto por su infraestructura, como por el hacinamiento.

Así pueden señalarse un sin fin de perjuicios, más aún si se toma en cuenta la retardación y la alta cantidad de presos sin condena.

3.2.3.4 Ventajas con la “Detención Preventiva” del Imputado

Con la **detención** del **imputado**, también son numerosas las ventajas que puedo señalar, entre estas, la **permanencia** del **imputado**, durante el proceso, para la imposición de la sentencia y la posterior reparación de daño a la **víctima**.

Hasta el presente, no existe otro medio para hacer posible la permanencia eficaz en el proceso del **imputado**, ante todo en **delitos de mayor gravedad que la “detención”**, con lo que la sociedad queda satisfecha, porque se libra de la acción a veces cruel, con la que ha procedido el **imputado**.

Con ésta **“detención”**, el Estado otorga a los ciudadanos una seguridad para que por lo menos ese **imputado**, no cometa otros actos iguales o más graves.

La sociedad y la **víctima**, también se encuentran protegidas con la **detención del imputado**, y por sobre todo se asegura la permanencia del mismo para que responda por la sentencia y los daños.

Señalo **“seguridad”**, porque hay **delitos de gravedad**, en los que por el favorecimiento del Código de Procedimiento Penal, los **imputados** estando en libertad, ocasiona que la **víctima**, se sienta sin la protección adecuada.

Por éstas razones, es que el juzgador, debe hacer un análisis exhaustivo y sopesar éstas ventajas y desventajas para las partes, y ante todo tomar en cuenta la **“gravedad del hecho”**, y según sea el delito, disponer la detención preventiva o en su caso dar las seguridades necesaria para esos dos fines esenciales que tienen las Medidas Cautelares, cuales son: hacer posible la presencia del **imputado** en el proceso y reparar el daño causado a la **víctima**.

3.2.4. Riesgo de Fuga del Imputado con Libertad Provisional

Las **circunstancias** a las que me he referido en el punto 3.1. y siguientes, como ser la “**gravedad del hecho**”, la **naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño causado y el peligro corrido**, el **Concurso Ideal y Concurso Real**, así como también la **Pluralidad de delitos**, como tengo manifestado influyen para la graduación de la pena y cuando se dan éstos casos y se ha demostrado en la práctica constituyen más posibilidad de fuga; consiguientemente, sin lugar a dudas el **imputado** tiene un estímulo para fugar y de producirse la fuga, entre las consecuencias, están la de que el **imputado**, no comparezca en el proceso, entorpeciendo la averiguación de la verdad, lo que también constituye obstaculización del proceso, como veré posteriormente en el punto 3.2.5.

Pero, no solamente, llevan como consecuencia éstos hechos, sino que el proceso se hace más costoso, en la búsqueda del **imputado**, en su citación por edictos, su declaración de rebeldía y los efectos de la misma, ya que es por disposición del **art. 90.- (Efectos de la rebeldía).**-, del Código de Procedimiento Penal, se suspende el juicio con respecto al declarado rebelde.

Si bien por disposición del mismo artículo, la rebeldía interrumpe la prescripción, pero no es menos cierto, de que al no haber proceso, se está en una situación incierta, que es más perjudicial para el **imputado, fiscal**, para la **víctima** y el **Estado**, no se realiza la administración de justicia en el tiempo oportuno violándose de esa manera incluso el debido proceso, demora el proceso más allá del tiempo señalado; y también como se establece también del Código de Procedimiento Penal, en el **art. 133.- (Duración máxima del proceso).**-, que señala que todo proceso tendrá una duración máxima de tres años; por lo que todo resulta un perjuicio para la propia sociedad, lo que lleva consigo la desconfianza.

Una circunstancia que debería considerarse la más importante por el juez a tiempo de aplicar las **medidas cautelares personales**, es precisamente, la de la **gravedad del hecho**, porque la principal condicionante de la viabilidad de un proceso es normalmente la **garantía de comparecencia del imputado**, evitando que eluda la acción de la justicia; que estoy segura, porque es necesario y porque así lo amerita, revisar el Código de Procedimiento Penal, incorporando una disposición que tome en cuenta por sobre todo la **gravedad del hecho**, en la aplicación de las **medidas cautelares**, para determinar la procedencia o improcedencia de la libertad del **imputado**; porque también la sociedad está convencida que no son suficientes los requisitos establecidos para asegurar la presencia del imputado (Ver Anexos Cuadro N° 3); porque como reitero, denota la importancia de la necesidad del uso de la **prisión preventiva para el imputado ante delitos graves**, como forma de **garantía procesal**.

3.2.5. Riesgo de Obstaculización en el proceso, con la Libertad Provisional del Imputado

Acerca del **peligro de obstaculización**, corresponde al Fiscal, en representación de la **víctima**, demostrar los indicios de que el **imputado** destruye o destruirá alguna prueba útil y pertinente para el proceso, o que influirá ilegítimamente en jueces, fiscales, etc., con lo que pueda afectar las diligencias de la investigación o cualquier otra circunstancia que permita sostener que el **imputado obstaculizará la averiguación de la verdad**. Por lo que tomando en cuenta, que una de las **finalidades de la detención preventiva** es **garantizar el desarrollo del proceso** y la aplicación de la ley, cumpliéndose lo que realmente se resuelva en dicho proceso; con esto queda claramente establecido, que sería **imposible** conseguir la efectiva culminación del proceso, así como la seguridad ante todo de la **víctima** y de la sociedad, si el **imputado abusando de su libertad**, destruyera o falseara éstos elementos probatorios, y a la vez estaría

impidiendo el cumplimiento de la condena. Lo que significaría que la justicia sería burlada, quedando impune el tanto el hecho como la **víctima**.

3.2.6. Peligro de Reincidencia criminal del Imputado con Libertad Provisional

Otro de los objetivos, que tradicionalmente ha estado vinculado a las causales tanto del **peligro de fuga** como del **peligro de obstaculización**, establecidas en el Código de Procedimiento Penal; es el de **evitar que el imputado, gozando de la libertad provisional, pueda cometer otros delitos durante el desarrollo del proceso**.

En efecto, el texto del Código de Procedimiento Penal que estuvo vigente hasta los años ochenta, establecía que ésta causal de peligro para la seguridad de la sociedad contemplaba además de la posibilidad de que el **imputado “eluda la acción de la justicia”**, la de que **“continúe con su actividad delictiva”**, con una medida de seguridad, con el propósito de prevención especial, y dictada antes de la condena, significaba la vulneración de la presunción de inocencia así como de las garantías procesales, aspecto por el que se lo habría derogado. Pero, los actuales legisladores, acordes con nuestra realidad, realizaron nuevamente mediante la Ley N° 2494, de 4 de agosto de 2003, Ley Nacional de Sistema de Seguridad Ciudadana, la incorporación del **peligro de reincidencia**, en el art. 235.- bis, del Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1970, de 25 de marzo de 1999.

Por lo señalado, considero que en la práctica, ésta finalidad o sea la de considerar el **peligro de reincidencia**, tiene que ver, en la determinación de la aplicación de las medidas cautelares de carácter personal; por lo que al tema objeto de éste estudio corresponde; más precisamente, como dispone el mismo

artículo 235.- bis (Peligro de Reincidencia), a que hago referencia: ***“cuando el imputado, haya sido condenado en nuestro país o en el extranjero por sentencia ejecutoriada, no habiendo transcurrido aún cinco años desde el cumplimiento de la condena”***; es un hecho que incide actualmente en la vida real, porque los jueces instructores cautelares, al dejar en libertad a **imputados con antecedentes penales**, y como se ha demostrado en la práctica, éstos han continuado en actividades delictivas; por lo que seguirá probablemente siendo importante en el futuro, debido a la **presión pública**, por respuestas inmediatas frente a algunos tipos de situaciones bastante comunes que generan gran preocupación en la población, frente a lo que se puede caracterizar en la práctica como **delincuentes habituales o profesionales**, que son personas que se presentan muchas veces frente al sistema procesal **con antecedentes penales** en delitos similares y las **circunstancias**, en las que habrían cometido el delito, reitero dan cuenta de que, en el caso de ser mantenidos en **libertad**, o sea concedérseles **libertad provisional** durante el proceso, muy probablemente continuarán delinuyendo, porque éste es su medio de vida y no hay posibilidades reales de un cambio de actividad.

En algunos casos la aplicación o no de una medida cautelar basada en el criterio de considerar el **peligro de reincidencia**, no debería ser demasiado problemática, debido a que los elementos que permiten evaluar el riesgo de que el sujeto siga delinuyendo, son los mismos que permiten ponderar el riesgo de **peligro de fuga**, es decir, de que viole su obligación de comparecer al juicio, y a la aplicación de sentencia; se trata en ambos casos de un **pronóstico de comportamiento** que recae sobre el respeto a las reglas legales; que como reitero, es otra vez, un elemento sumamente subjetivo, arraigado en el fuero interno del **imputado**, difícil de determinar y demostrar, como los considerados por el Código de Procedimiento Penal, tanto para el **peligro de fuga**, como para el **peligro de obstaculización**

3.2.7 Las Medidas Sustitutivas a la Detención Preventiva, en el Código de Procedimiento Penal, pueden favorecer a la fuga del imputado, si el hecho reviste “gravedad”

En cuanto a las Medidas Sustitutivas, la Ley N° 2494 de 4 de agosto de 2003, Ley Nacional del Sistema de Seguridad Ciudadana, en el Capítulo que hace referencia a las Modificaciones e incorporaciones al Régimen de Medidas Cautelares, modifica también el art. 240, referente a las medidas sustitutivas a la detención preventiva y en su último párrafo dispone: ...*“Que al resolver la aplicación de las medidas enumeradas anteriormente, el Juez o Tribunal que conozca la causa, determina las condiciones y reglas que deberá cumplir el*

*imputado, con la expresa advertencia de que la comisión de un nuevo delito o el incumplimiento de las reglas impuestas, dará lugar a la revocatoria de la medida y su sustitución por otra más grave incluso la “**detención preventiva**”, cuando ésta sea procedente”.*

En lo concerniente el Código de Procedimiento Penal, dispone:

Art. 240.- (Medidas Sustitutivas a la detención preventiva).- Cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal mediante resolución fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas:

- 1) La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral.**
- 2) Obligación de presentarse periódicamente ante el juez, tribunal o autoridad que se designe;**
- 3) Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal, si su autorización, ordenando el arraigo a las autoridades competentes;**
- 4) Prohibición de concurrir a determinados lugares;**

- 5) Prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte su derecho de defensa; y
- 6) Fianza juratoria, personal o económica. La fianza económica podrá ser prestada por el imputado o por otra persona mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca.

Para una mejor comprensión, de lo que significan las medidas sustitutivas y su poca eficacia frente a la detención preventiva, que es lo que pretendo demostrar en este punto, a continuación realizaré un análisis relacionando cada uno de los numerales expresados en el anterior artículo con el tema objeto de este estudio:

3.2.7.1 La Detención Domiciliaria y el riesgo de fuga del imputado

Antes de analizar la disposición relacionada a la detención domiciliaria, en lo que respecta a éste trabajo, considero necesario conocer, lo que, tanto el diccionario jurídico como el Código Civil expresan acerca del **domicilio**:

Domicilio, según Busso⁵⁷, “es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona para la producción de efectos jurídicos”. Se distingue entre el concepto de **residencia**, el lugar de la morada efectiva y el de **domicilio**, que exige, además del hecho material de la residencia, el ánimo de permanencia en ese lugar.

Según el Código Civil, en el Art. 24.-, en cuanto a la determinación del domicilio, establece: “El domicilio de la persona individual está en el lugar donde tiene su residencia principal. Cuando esa residencia no puede establecerse con certeza, el domicilio está en el lugar donde la persona ejerce su actividad principal”.

⁵⁷ Citado por **Manuel Ossorio** en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina 1974, Pag. 361.

Sin embargo para efectos de aclaración, debo distinguir, que en la práctica forense así como en la ley distinguimos tres clases de domicilio: el **primero**, es el **domicilio Real**, descrito precedentemente, y que debe señalarse en la presentación de los memoriales; el **segundo** es el **domicilio Legal**, que es coincidente con el anterior, o sea en el que se presume donde se la encuentra a una persona, para efectos de notificaciones, y el **tercero**, que es el **domicilio Legal**, esto por determinación de la ley, tanto del Código de Procedimiento Penal, que señala en su art. 290.-(Querrela), que debe fijarse el domicilio procesal, lo que al respecto el Código de Procedimiento Civil señala, que este domicilio debe señalarse a diez cuadras a la redonda del palacio de justicia.

Este último domicilio es para efectos de actos procesales, que deben señalar tanto el querellante como el **imputado**.

Una vez conocida la significación del concepto de domicilio, corresponde realizar el análisis, y voy a referirme a las desventajas y ventajas que a mi parecer constituye la “**detención domiciliaria**”, como medida sustitutiva a la **detención preventiva**, para la realización eficaz del proceso.

a. Desventajas de la detención domiciliaria

1º En primer lugar, no existe seguridad de permanencia en el proceso, ya que puede fugar exactamente en las mismas condiciones que el que está sometido a ésta medida, luego las consecuencias son las mismas en perjuicio para el Estado y por la **víctima**, porque no se realiza el proceso sin la presencia del **imputado**, y la **víctima** ve insatisfecha su pretensión, la cual es que se le imponga una sanción al culpable y ante todo el resarcimiento del daño causado.

2º Es el trato desigual que se le da a las personas (sólo motivado en las disposición del art.240.- (Medidas Sustitutivas a la detención preventiva) inc. 1) y el art. 196.- (Detención domiciliaria) de la Ley de Ejecución Penal y Supervisión; e

igualmente existe la posibilidad de una fianza y salvando el caso de que esté sometido a vigilancia lo que comentaré posteriormente.

En estos dos casos no existe la garantía de permanencia del **imputado** en el proceso.

b. Ventajas con la detención domiciliaria

En caso de que se disponga la **detención domiciliaria con vigilancia**, esto constituye un perjuicio para el propio Estado que tiene que dotársele al **imputado**, de por lo menos dos o más personas que se ocupen de la vigilancia, para el día y para la noche y esto es, a costa del Estado; cuando por ejemplo, éstos deberían estar cumpliendo otros servicios para la sociedad.

Además, ésta vigilancia tendrá que ser de ocho horas, conforme a la Constitución Política del Estado, porque el estar más tiempo perjudicaría al vigilante.

En el hipotético caso de que para evitar los gastos, a los que me refiero, sería el **imputado**, quien erogue éstos gastos, lo que aumenta más el **riesgo de fuga**, puesto que si él corre con los gastos, puede haber una parcialización del vigilante; por otra parte se estaría yendo contra los reglamentos del la Policía Nacional, es decir que no pueden realizar servicios fuera de la institución, con lo que se aumenta más el riesgo de fuga.

En ambos casos, ya sea que el Estado pague la vigilancia o corra por cuenta del **imputado**, lo cual no es correcto y se da la fuga por varios formas o circunstancias, aprovechando por ejemplo las casa vecinas o el descuido del vigilante se corre el riesgo de que éste cometa también otro delito, cual es el **encubrimiento**, previsto en el Código Penal en el art.171.-.

Esta **detención domiciliaria**, a mi entender es una medida de **privilegio**, a favor del **imputado**, con el que se viola el **principio de igualdad**, consagrado en el art. 6 de la Constitución Política del Estado y el art. 12 del Código de Procedimiento Penal; y porque la práctica así nos ha demostrado, que **existiendo delitos graves, se ha impuesto la detención domiciliaria**, lo que en definitiva no constituye garantía para la permanencia del **imputado** en el proceso.

El Código de Procedimiento Penal, en el art. 240.- (Medidas sustitutivas a la detención preventiva), en cuanto a la **detención domiciliaria**, también dispone:

1) La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga

En cuanto a éste aspecto, también cabe señalar, una vez más, lo ventajoso que significa para el **imputado**, la detención domiciliaria con o sin vigilancia por lo siguiente:

El **imputado**, no está sometido a las vicisitudes que entraña una detención en un centro penitenciario, más aún si conocemos las características de éstos centros.

Por lo que el **imputado**, está en ventaja superior con relación a los que guardan detención, ya que constituye todo un privilegio, porque siempre tenemos que considerar que es mejor la detención domiciliaria, donde el **imputado**, tiene libertad de actuación, de informarse, etc., aspectos de los que se ve limitado o privado en una penitenciaría.

En cuanto a la **detención domiciliaria sin vigilancia**, se refiere; considero que no se puede saber estrictamente de que si el **imputado** la cumple o no; más al contrario y como la practica lo ha demostrado, se ve a éstos imputados

caminando por las calles libremente; lo que constituye una burla para la administración de justicia.

3.2.7.2 Obligación de presentarse periódicamente

- **Ante el Fiscal**
- **Ante el Juez**
- **Ante el Juez y ante el fiscal**

También considero que con esta medida, no existe la garantía necesaria y su efecto no obstante está obligado a presentarse el tiempo que señala el Juez, para que concurra a firmar, unas veces ante el fiscal y otras veces ante el mismo juez. Como ya he comentado bastante al respecto, ocurre que en el mejor de los casos, los **imputados**, concurren un determinado tiempo y después igualmente se ausentan, porque el hecho de presentarse a firmar, no constituye una garantía y luego se continúa con las dificultades para la aprehensión, rebeldía, etc., y lo que es peor, el proceso se suspende, aumentando más los perjuicios , ante todo para la **víctima**, y el hecho de que si bien el proceso se suspende, no corre la prescripción a favor del **imputado**, pero quiérase o no, constituye una retardación de justicia, con los consiguientes perjuicios que implican la fuga, la rebeldía, eso siempre y cuando proceda la aprehensión del **imputado**, y cuando no es aprehendido, estamos en la misma situación de los comentarios realizados anteriormente, y por tanto constituye una verdadera burla a la administración de justicia, más aún si el **hecho reviste gravedad**, que además en el caso de que ocurre la ausencia del **imputado**, porque tiene su detención durante el proceso y es más que igualmente prevé una condena mayor, por lo que prefiere ausentarse o fugar del lugar donde se le sigue el proceso.

3.2.7.3 Las Prohibiciones del Imputado no se cumplen estrictamente

a) De salir del país, de la localidad en la que reside o del ámbito territorial fijado por el Juez

Del análisis realizado tanto jurídico, como del estudio de campo, se determina que **no existe la garantía de permanencia del imputado**, por lo que la prohibición que le impone el juez, para que éste no pueda salir del país, ausentarse del lugar o cambiar de domicilio; no constituye más que un simple enunciado, porque no se cumple en el proceso; y nuevamente entramos en las mismas consideraciones realizadas precedentemente.

b) Arraigo del Imputado por Autoridades competentes

Para una mejor comprensión al respecto; el diccionario jurídico define **Arraigo**⁵⁸, como: “Acción y efecto de arraigar o arraigarse, en la acepción forense de afianzar la responsabilidad a las resultas del juicio. Dícese así porque esta fianza suele hacerse con bienes raíces, pero también se puede hacer por medio de depósito en metálico o presentando fiador abonado”

Si bien el **arraigo del imputado**, es una medida que da seguridad, ésta también es relativa, ya que el **imputado**, no obstante estar arraigado, existen muchas maneras de que pueda ausentarse del país, dada la extensión del territorio nacional, la falta de custodia adecuada en las fronteras, es decir que se puede salir o ingresar al país sin necesidad de un pasaporte o salvoconducto, más aún con las facilidades que se tiene en la actualidad, por convenios suscritos con otros países, por los que sólo basta la presentación de la cédula de identidad, sobre la que tampoco se tiene la confianza suficiente, por lo que hasta se puede falsificar.

Otro de los problemas para un eficaz control en las fronteras constituye el de la doble nacionalidad, que puede tener una persona, consiguientemente aporta

⁵⁸ **OSSORIO, Manuel**, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, año 1974. Pág. 99

también doble documentación personal y donde se ha podido analizar que existen cambios de filiación total.

La proximidad que algunas fronteras tienen Bolivia, con el extranjero, donde se ha podido constatar por ejemplo con el Perú, son ciudadanos boliviano-peruanos y al mismo tiempo son ciudadanos peruanos; ocurre exactamente lo mismo con el Brasil, ya que los territorios son limítrofes con nuestro país, y ésta forma es harto conocida en las fronteras.

3.2.7.4 La “Prohibición del imputado de concurrir a determinados lugares” no es de cumplimiento estricto

Esta disposición, queda en un simple enunciado, por la falta de control y la diferencia que se hace para que se cumpla, por lo que el **imputado**, conocedor de esto burla con frecuencia los medios de comunicación, informando de que una persona estando bajo estas medidas frecuentan bares, cantinas, lenocinios, que precisamente son los lugares que el juez, mediante resolución ha dispuesto que el **imputado** no concurra, sin embargo resulta sumamente difícil o casi imposible hacerle un seguimiento, para el cumplimiento de ésta medida; y si en caso de imponerse una vigilancia o custodia, se puede decir exactamente lo mismo que he manifestado anteriormente, de que por cumplir esta medida existe menos personal para realizar otras tareas más importantes.

Al no cumplir exactamente como el juez ha dispuesto, de la prohibición de concurrir a determinados lugares, aumenta la posibilidad de que el **imputado**, vuelva a cometer otro delito.

La **víctima**, es la que más perjuicio siente con ésta medida, porque además de ser un escarnio para la autoridad judicial y el mismo sistema, lo es también en mayor medida para la **víctima**, por ser burla de ésta disposición de “prohibición”.

3.2.7.5 La “Prohibición del imputado de comunicarse con personas determinadas” no se cumple a cabalidad

El **imputado**, estando en libertad, tiene las mayores posibilidades de comunicarse con “determinadas personas”, ya sea por internet, teléfono, fax u otros medios e incluso personalmente; porque como señalé, si bien el juez ha dispuesto esta prohibición, no existe la garantía de que el **imputado** está cumpliendo ésta prohibición, porque además no se le está vigilando; y puede continuar ésta forma la actividad delictiva.

Porque es precisamente, con ésta prohibición, que se quiere evitar, que el **imputado** se comunique con otros imputados, que hayan participado en el hecho, y que tal vez, tengan más culpabilidad.

Por otra parte, también podría comunicarse con la **víctima**, o con testigos, y atemorizarlos, e incluso hacer desaparecer algunas pruebas.

3.2.7.6 La Fianza Juratoria del imputado no es beneficiosa en delitos graves

Para una mejor comprensión, antes de analizar, lo que representa la **fianza juratoria**, en cuanto a éste trabajo concierne; por su importancia, es necesario, otorgar algunos conceptos de lo que significa.

Para el Dr. **Raúl Jiménez Sanjines**⁵⁹: *“La fianza es un contrato en virtud de cual un apersona llamada fiador, se compromete a pagar al acreedor en el caso de que el deudor no cumpla por sí mismo”*

También define **Fianza Juratoria**⁶⁰, como: *“La que se limita a garantizar un cumplimiento por la prestación de la fórmula religiosa que el **juramento** significa”*.

⁵⁹ **JIMÉNEZ SANJINES**, Raúl, “Lecciones de Derecho Civil”, Lib. Edit. “Popular”, La Paz – Bolivia, 1988. Pág.213

⁶⁰ “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Manuel Osorio, Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, año 1974. Pág. 549

El diccionario común, define la palabra **Jurar**⁶¹, como: *“Someterse solemnemente a los preceptos constitucionales de un país, estatutos de órdenes religiosas, deberes de determinados cargos, etc”*.

La **Fianza Juratoria**, en atención a lo previsto en el art. 242.- del Código de Procedimiento Penal; considero, no es conveniente en los **delitos que revisten gravedad**, puesto que estaríamos frente a lo comentado anteriormente acerca del peligro de fuga, porque con el hecho de que el **imputado**, preste juramento de permanecer en el encausamiento, no se tiene certeza de que éste permanecerá durante todo el proceso y responda por el hecho y sus consecuencias; y en caso de ser declarado autor del delito facilita la libertad y está también la posibilidad de la fuga, ya que el juramento es sólo una fórmula religiosa y dadas las circunstancias del caso el **imputado**, puede perjurar y no cumplir su promesa de permanencia en el encausamiento en ese sentido estamos en las mismas condiciones que la libertad simplemente, ya que no existe, si se quiere un respaldo legal, para obligar a que el **imputado**, no se ausente, y la forma de ésta fianza va solamente al fuero religioso o interno, y lo que se desea es una **garantía realmente eficaz**.

Al respecto de la finalidad de la **“Fianza”**, el Tribunal Constitucional (SC N° 162/02-R)⁶² ha establecido: *“De la interpretación de esta norma se concluye que la libertad bajo fianza juratoria será otorgada por el Juez cuando los medios de prueba producidos por el **imputado** o procesado acrediten su estado de pobreza, por consiguiente, es obligación ineludible de la parte demostrar con prueba concluyente su situación patrimonial para que la autoridad jurisdiccional disponga a favor suyo...”*

⁶¹ “Pequeño Larousse Ilustrado” Diccionario Enciclopédico, Editora “Primor”, Rio de Janeiro – Brazil, año 1980. Pág. 606.

⁶² **HERRERA AÑEZ, William**, “Derecho Procesal Penal”, Editorial “El País”, 2da. Edición, Santa Cruz – Bolivia, año 2003 Pág. 287.

Nuestra legislación, establece dos tipos de fianzas:

a) Fianza Personal

En cuanto a la **Fianza Personal**, la encuentro también sumamente limitada ya que no constituye más que una **garantía de presentación del imputado**, respondiendo los garantes o fiadores personales sólo por el monto de los gastos que puede implicar la aprehensión en caso de fuga.

También podría darse el caso, de que el mismo **imputado**, a propósito ponga fiadores y el asuma la obligación de pagar en vez de éstos fiadores, sirviendo los mismos sólo como una especie de “palo blanco”, y burlen de esa manera la seriedad con la que debe administrar la justicia y ante todo las garantías para la **víctima** y para el Estado, con los consiguientes perjuicios para el propio Estado y ante todo para la **víctima**, porque valiéndose de esa triquiñuela de que ha puesto garantes personales con el sólo propósito de salir en libertad y fugar posteriormente.

En el caso de que la fianza personal sea verdadera, no está embuída de este innoble propósito en caso de fuga, lo perjudicados son los fiadores.

El Código de Procedimiento Penal, también dispone la **fianza personal**, y es como sigue:

Art. 243.- (Fianza Personal).- La fianza personal consiste en la obligación que asumen una o más personas de presentar al imputado ante el Juez del proceso las veces que sea requerido. En caso de incomparecencia del imputado, el fiador pagará la suma que a este efecto determine el Juez, la que será suficiente para satisfacer los gastos de captura y las costas procesales. Cuando existan varios fiadores, asumirán la obligación solidariamente. El Juez a petición del fiador podrá aceptar su sustitución.

b) Fianza Económica

La **fianza económica**, está también enunciada en el Código de Procedimiento Penal, que a continuación transcribo:

Art.-244.- (Fianza Real).- La Fianza Real, se constituye con bienes inmuebles o muebles, valores o dinero.

Si se ofrecen bienes inmuebles, propios o de un tercero, se presentará título de propiedad, avalúo catastral y certificado del Registro correspondiente para acreditar que no pesa sobre ellos ningún gravámen, o que estando gravado constituye suficiente garantía, siendo necesaria la conformidad del propietario. Tratándose de bienes muebles o joyas, se acreditará su valor mediante pericia. El juez o tribunal verificará la autenticidad y veracidad de esta operación, y designará el depositario correspondiente. Tratándose de bienes sujetos a registro el gravámen deberá inscribirse en el registro correspondiente, debiendo los funcionarios encargados dar prelación a la inscripción, efectuándola a la presentación del documento, bajo responsabilidad dentro del término de veinticuatro horas. El dinero se depositará en una cuenta bancaria, a la orden del juez o tribunal, con mantenimiento de valor y generación de intereses.

Sobre la **Fianza Económica**, puedo manifestar, que creo inadecuada ésta medida sustitutiva, puesto que el mismo Código de Procedimiento Penal, en el inc.6) del art. 240, reconoce la **Fianza Real**, en la forma que ya he comentado en la página 170, por lo tanto ésta no debe servir, para sustituir a la **detención preventiva**, puesto que la misma tiene la finalidad de responder por el daño causado, pero no va a reemplazar de ningún modo la **responsabilidad penal**, o sea de la sanción que se ponga al **imputado**, más aún si se impone la sanción, la consecuencia lógica es que tenga que pagar por los daños causados y al considerar el Código de Procedimiento Penal el inc. 6), mencionado, como medida sustitutiva, creo que se está favoreciendo demasiado al **imputado**.

Por otra parte, considero adecuada la concepción que tenía el Código de Procedimiento Penal abrogado, que en su art.327.-(Procedimiento) del Capítulo I, De la Calificación de la Responsabilidad civil; disponía que el juez debería

calcular una cantidad suficiente para la reposición del daño causado, más aún si era provisional, ya que al efecto se daban dos hipótesis: **Primera**, si se **declaraba la condena del imputado**, ésta fianza de carácter real, servía para cancelar todo o en parte el daño causado. **Segunda**, en el **caso de la absolución**, estos bienes tenían que ser devueltos al **imputado**. Personalmente creo, que ésa es la forma más eficaz de **garantizar la reparación de daño**, empero no debe existir como medida sustitutiva, puesto que bastaría señalar una fianza para obtener la libertad del **imputado**, y se estaría siempre en la incertidumbre de no saber efectivamente si va a permanecer o no en el encausamiento, peor aún en los **casos de mayor gravedad**, el **imputado**, preferiría dar una fianza real, aunque sea mayor o elevada, pero no perder la libertad, consecuentemente a mi entender, la fianza económica como medida sustitutiva, **debe ser derogada, o extraerse** del Código de Procedimiento Penal, ya que como su mismo nombre lo indica, ésta institución sirve para responder por el daño causado, más no, para el cumplimiento de la pena, si acaso se le impone la misma.

3.3 La Víctima

Toda vez que el objeto de éste trabajo, es insertar una disposición en el Código de Procedimiento penal, que incluya la **gravedad del hecho**; considero necesario para complementar la investigación, es necesario que me refiera también a la **víctima**, ya que es ésta la que sufre las consecuencias del delito, y de todo delito nacen dos acciones, la **acción penal** y la **acción civil**, como lo determina el art. 14.- (Acciones), del Código de Procedimiento Penal:

Art. 14.- (Acciones).- De la comisión de todo delito nacen. la acción penal para la investigación del hecho, su juzgamiento y la imposición de una pena o medida de seguridad y la acción civil para la reparación de los daños y perjuicios emergentes.

Ahora bien establecidas las acciones voy a ocuparme del daño que se le causa a la **víctima**, con la comisión del delito.

Quiero hacer mayor precisión de lo que es la **víctima**, para posteriormente poder referirme al daño a la víctima; en tal sentido, para evitar apreciaciones que puedan ser parciales, me remito a la precisión del art. 76.- (Víctima).- del Código de Procedimiento Penal:

Art. 76.- (Víctima).- Se considera víctima:

- 1) A las personas directamente ofendidas por el delito;
- 2) Al cónyuge o conviviente, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, al hijo o padre adoptivo y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido;
- 3) A las personas jurídicas en los delitos que les afecten; y
- 4) A las fundaciones y asociaciones legalmente constituidas, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la fundación o asociación se vincule directamente con estos intereses.

3.3.1 Daño a la Víctima

Para poder realizar un mejor análisis de lo que significa daño, es necesario recurrir a lo citado por Eduardo Zannoni⁶³, ***“Daño, se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”***

De lo citado anteriormente y lo establecido en el ya mencionado art. 14.- (Acciones) del Código de Procedimiento Penal; voy a referirme a lo que constituye la **acción civil**, conforme la define el art. 36 del citado código adjetivo:

Art. 36.- (Acción civil).- La acción civil para la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito, sólo

⁶³ ZANNONI, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil” Edit. Astrea 1987, Buenos Aires Argentina. Pág.1

podrá ser ejercida por el damnificado, contra el autor y los partícipes del delito, y en su caso, contra el civilmente responsable. En caso de fallecimiento del damnificado, pueden ejercitarla sus herederos

La **acción civil**, es ejercida por el damnificado, conforme el anterior artículo, no corresponde entrar en mayores detalles del procedimiento que se sigue en ésta acción, porque no es motivo de la tesis, sino sólo con relación a la **víctima**.

Por otra parte, quiero también referirme, a que cuando el Estado es víctima de un delito, el Fiscal, ejerce la acción civil correspondiente, como lo dispone el art. 41 del Código de Procedimiento Civil. Y el conocimiento de la acción civil, es atribución de los jueces de sentencia, como lo dispone el inc. 3 del art. 53 del Código de Procedimiento Penal.

Por otro lado, creo también necesario, hacer constar en forma sucinta el procedimiento para la reparación del daño causado.

Por determinación del art. 382.- (Procedencia) del Título III Procedencia para la Reparación del Daño, del Código de Procedimiento Penal, se establece éste trámite de la **Reparación del daño causado**, para ello es **requisito sine quanon, la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada**, o la que imponga una medida de seguridad por inimputabilidad o semiimputabilidad, luego se solicita al Juez de Sentencia, la reparación de daño causado o la indemnización correspondiente.

Ahora voy a referirme a las clases de daños, siempre siguiendo las disposiciones de nuestra legislación:

3.3.2 Daño Moral y Psicológico

Es necesario revisar algunas definiciones de lo que significa, **Daño Moral o Agravio moral**⁶⁴ *“Denomínase daño moral o agravio moral, al menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales por el evento dañoso, es decir, por el hecho o actoantijurídico”*

Pero, en la práctica se hace mayor énfasis en el **daño material** por la facilidad para su cuantificación, en cambio los **daños morales**, que en ocasiones suelen ser los más graves y, por lo tanto producen profundos efectos psicológicos alteran excesivamente la vida de la víctima, que tal vez nunca más volverá a normalidad.

En cuanto a su cuantificación el **daño moral y psicológico**, resulta ser más difícil, ya que el juez, en atención al numeral 3) del art. 91.- (Extensión).- del Código Penal, fijará prudencialmente la indemnización de todo perjuicio causado a la víctima; es decir que el Juez, es el que tiene plena libertad de señalar su monto, guiándose por criterios generalmente relativos al status del afectado, a su ocupación, nivel de escolaridad, a su belleza física, etc.. Considero que ni siquiera reparando éste **daño moral y psicológico**, a través de una indemnización que cubra de manera proporcional la **lesión moral sufrida**, se logrará la compensación justa para la **víctima**.

Si por ejemplo, en un **delito grave**, y en el que además el **imputado**, goce de una posición económica solvente, y por otro lado la **víctima** provenga de una clase humilde; puede darse el caso, de que en lugar de la dictarse la **detención preventiva**, el Juez, sin considerar la **gravedad del hecho**, a tiempo de

⁶⁴ ZANNONI, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil” Edit. Astrea 1987, Buenos Aires Argentina. Pág. 288

conceder o negar la libertad, simplemente le imponga alguna **medida sustitutiva**, porque éste **imputado**, contará con domicilio, trabajo, o por último con muy buenos garantes que le afiancen; hecho que podría desencadenar en que, al encontrarse en **libertad** siga hostigando y amedrentando tanto a la **víctima**, como a los testigos, causándole tal vez un **daño** mayor que el ocasionado con la comisión del delito.

Por otro lado, en éste mismo artículo en el mismo numeral 3), se establece que el juez, fijará el monto prudencial de la indemnización, “**en defecto de la prueba**”, no obstante considero que no se requieren sólo pruebas para determinar el daño moral de la víctima, puesto que resulta evidente, porque es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes, experimente un agudo sufrimiento moral. Por ejemplo, en los delitos de asesinato, se producen consecuencias nocivas en sus familiares inmediatos, y por tanto es imposible otorgar a la propia víctima resarcimiento alguno, por lo que los familiares deben ser indemnizados por el daño moral.

3.3.3 Daño Material

Cabe una vez más citar a Zannoni,⁶⁵ para definir **Daño Material o Patrimonial**, *que ha de ser, pues, la lesión o menoscabo que afecta un interés relativo a los bienes del damnificado, es decir sobre los bienes que integran su esfera jurídica que, por ende le pertenecen*”

a) Daño Emergente

Al decir de Adriano De Cupis⁶⁶, “**quantum mihi abest**: si el objeto del daño es un interés actual, o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una

⁶⁵ ZANNONI, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil” Edit. Astrea 1987, Buenos Aires Argentina. Pág. 60

⁶⁶ DE CUPIS, Adriano, “El Daño” Teoría General de la Responsabilidad Civil, Bosch, Casa Edit. S. A., Barcelona España 1975. Pág. 312

*persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un **daño emergente***”

La indemnización también comprende el **daño emergente**, es decir, el daño que es consecuencia directa del evento dañoso. En este aspecto se consideran los gastos en que incurrieron los familiares de la víctima como consecuencia directa de los hechos, así como para realizar gestiones ante las autoridades, o como por ejemplo, los gastos funerarios que realizaron los familiares de los occisos.

b) Lucro Cesante por la pérdida de los ingresos de la víctima

Al decir de De Cupis,⁶⁷ **Lucro Cesante** “*quantum lucrari potui: si el objeto del daño, es un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene un **daño lucro cesante***”

Para el cálculo del Lucro Cesante, es necesario tomar como base los ingresos que hubiera podido percibir la víctima durante el resto de su vida laboral.

3.4. La Reparación del daño a la Víctima

La **Reparación del daño**⁶⁸ a) *un modo de hacerlo es a través de lo que se denomina reparación material o in natura que consiste en la reintegración en forma específica o reparación en especie; implica literalmente volver las cosas al estado que tendrían si no hubiera ocurrido el hecho dañoso*. b) *Otro modo de reparar el daño es la llamada reparación equivalente, o propiamente indemnización mediante*

⁶⁷ **DE CUPIS**, Adriano, “El Daño” Teoría General de la Responsabilidad Civil, Bosch, Casa Edit. S. A., Barcelona España 1975. Pág.313.

⁶⁸ **ZANNONI**, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil” Edit. Astrea 1987, Buenos Aires Argentina. Pág 222

la cual aunque no se repara o reintegra en forma específica el bien dañado, se compensa o resarce el menoscabo patrimonial sufrido en razón del daño; se tiende de esta manera a restablecer el equilibrio patrimonial en función del valor que representa el perjuicio”

La **reparación del daño**, consiste fundamentalmente en **aliviar las consecuencias materiales del hecho delictivo**, en el **restablecimiento de la situación anterior al daño**, y cuando esto sea imposible, en el **pago total de los daños y perjuicios de orden económico y moral** que permitan compensar a la **víctima**; son también factor de atenuación, también puede tener un efecto atenuante de la pena, los actos que denoten voluntad de reparar, por ejemplo, con el cuidado y socorro a la víctima en un accidente o agresión.

Expuestos estos antecedentes de lo que constituye el **daño**, así como el proceso de reparación, concluyo que cuando la víctima no es satisfecha por el daño causado por el delito, aumenta la **victimización** y como consecuencia existe un descontento con el procedimiento, más aún del análisis he demostrado el perjuicio que sufre la **víctima** por falta de esa reparación adecuada y oportuna, agravándose más todavía cuando el **imputado** no permanece en el encausamiento, además de constituir una insatisfacción para la **víctima**, está en una situación incierta porque no se decide acerca del proceso, peor aún no se decide sobre la reparación o indemnización.

Agravándose más todavía cuando el delito es más grave, como consecuencia también la acción resarcitoria es mayor y si el **imputado** no permanece en el lugar del proceso la **víctima** también queda burlada.

En los delitos de carácter patrimonial, como el hurto el robo, la estafa, apropiación indebida, etc., previstos y sancionados en el Título XII Delitos contra la Propiedad, desde el Capítulo I al V del Código Penal; el propósito fundamental de

la **víctima** es percibir la **REPARACION DEL DAÑO CAUSADO** y en estos casos, ésta queda más insatisfecha cuando el imputado no permanece en el proceso.

Continúan más los perjuicios, porque en la mayor parte de los casos cuando el Ministerio Público no cumple lo previsto en el art 41.- (Ejercicio de la acción civil por el fiscal) del Código de Procedimiento Penal y las víctimas no siguen el trámite previsto en los arts.382 y siguientes del mismo código, porque este trámite significa tiempo, dedicación y también erogación de gastos o en su caso no se prosiguen por negligencia, desconocimiento que tiene la **víctima** y porque el mismo proceso, aun considerando el tiempo que señala el art. 132.-(Plazos para resolver) y 133.-(Duración máxima del proceso), sobre el tiempo de duración máxima de la etapa preparatoria debe durar 6 meses, constituye un perjuicio para la **víctima**.

Finalmente quiero referirme a tres aspectos de mucha importancia con relación a la reparación del daño a la **víctima** y estos son:

1º Por una parte, los reclusos se encuentran en falso conocimiento de que al ser detenidos ya estarían pagando con su sola detención, todos los daños ocasionados con el delito y creen que no deben hacerlo con relación al daño civil.

2º Otro aspecto sumamente importante y serio constituye el hecho de que el **imputado** no tenga ni bienes ni los medios para la reparación del daño causado.

En este caso, debería ser el Estado, quien pague por los daños y perjuicios por lo menos en los delitos de mayor gravedad, como determina el Documento N° 52 “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas y del abuso del poder” de 29 de noviembre de 1985, que respecto a la Indemnización, señala en el numeral 12:

12 “Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delinciente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;

b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

Existe un caso muy conocido, cual es el proceso seguido contra el ex presidente García Mesa que si bien esta cumpliendo su condena como todos conocemos, no se ha realizado ningún trámite o proceso para la reparación del daño causado, que ha sido calculado en millones de dólares.

3º Otro fenómeno que ocurre, es que no se paga como consecuencia de la fuga del imputado.

Como ejemplo en este punto, puedo señalar un caso por todos conocido, el del ex presidente Gonzalo Sánchez de Lozada, y es aquí donde demuestro fehacientemente en pocas palabras la exposición realizada, que no se le puede seguir un proceso porque se ha ausentado, y que además creo que va a ser por mucho tiempo, ya que no se puede realizar ningún proceso sin la presencia de éste. Si el proceso no se puede realizar, peor todavía la reparación del daño, ya que por determinación del art. 87.- (Responsabilidad civil) del Código Penal, que comenté anteriormente el presupuesto principal para seguir la acción resarcitoria del daño -acción civil- es la sentencia condenatoria ejecutoriada, la que nos llevará algunos años si se realiza.

Mucho más imposible es todavía que él repare el daño causado y resultado de sus acciones existen más de 70 personas que han muerto. Por otro lado los daños causados al Estado por los delitos cometidos durante su gobierno son incalculables, basta hacer la referencia a los contratos lesivos en las ventas del las

empresas del Estado como ENTEL, ENFE, LAB, YPF y otros, el obtener el resarcimiento de éstos daños es imposible.

3.5. Sugerencia para una mejor apreciación de la “Gravedad del Hecho”, en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal.

Por todo lo expuesto en el desarrollo de este trabajo, es necesario hacer una complementación al respecto, para que los operadores de justicia, es decir los jueces y fiscales tengan el debido sustento legal en el Código de Procedimiento Penal, que les permita realizar una mejor apreciación de la **gravedad del hecho**, a tiempo aplicar las medidas cautelares de carácter personal, es decir conceder o negar la libertad al imputado; sugiriendo además de la revisión minuciosa de los elementos considerados en el art. 38.- (Circunstancias) del Código Penal, que señala en el párrafo 2), que para la apreciación de la **gravedad del hecho**, se tendrá en cuenta la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido.

Es precisamente la falta de consideración de la **gravedad del hecho** en la aplicación de las medidas cautelares de carácter personal en el Código de Procedimiento Penal -en que se basa este trabajo-, que ocasiona que los operadores de justicia no decreten la detención preventiva, en atención a que el citado código es garantista, y los jueces se ven en la obligación de proceder conforme la norma establece; dando al imputado que ha cometido un delito grave, incluso la posibilidad de fuga.

A continuación, cito algunos ejemplos de los requisitos establecidos en el artículo antes mencionado que se refieren a la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido, que ya fueron analizados con minuciosidad en el punto 3.1; pero que nos harán comprender el porque de la necesidad de consideración de la **gravedad del hecho** en la aplicación de medidas cautelares de carácter personal.

Así por ejemplo en cuanto a la **naturaleza de la acción**, en un homicidio o asesinato en el que se utiliza una piedra no es igual, que en el que se utiliza un arma punzo cortante o un arma de fuego; porque en el primer caso, por ejemplo, en una pelea en forma instintiva puede alzarse la piedra (naturalmente esa piedra puede usarse como arma contundente) y en el segundo caso significa o implica la existencia de una planificación es decir, se realiza de manera premeditada y además dadas la características del crimen, la víctima con seguridad no podrá ni siquiera esquivar la bala, estas pequeñas cosas demuestran una **gravedad en el hecho**.

Lo propio significaría la muerte de una persona en un caso de homicidio cualquiera que sea el medio y en el caso de veneno para matar a la víctima en el cual, el sujeto activo lo hace sabiendo precisamente el fin que logra conseguir.

El solo revisar la jurisprudencia nos muestra un sin fin de ejemplos en los medios utilizados, la naturaleza del hecho del que deducimos la gravedad de los mismos.

En cuanto al **daño causado**, igualmente podemos citar diversas formas en la comisión del delito, así por ejemplo, no es lo mismo el robo de un vehículo conocido comúnmente como “peta o escarabajo”, vehículo marca volkswagen, de fabricación es antigua y cuyo precio no es mayor a \$us. 2000.-, que de un vehículo de la misma marca, capacidad de pasajeros, pero de fabricación reciente; en el

caso del robo de ambos causará siempre mayor perjuicio el robo del último de éstos, que es más costoso por tanto el daño causado es mayor, basta señalar el costo del vehículo, y el mismo hecho de tener mayor precio cuesta más adquirirlo y en caso de robo mayor es el perjuicio.

Esto mismo podemos equipararlo a las lesiones entre las leves, graves y gravísimas que causan más daño.

Así también en el homicidio o asesinato de una persona que es el sustento de una familia, el perjuicio es mayor; por otro lado el delito de daño a la propiedad, también es un caso que puede darnos una mayor ilustración, porque no es lo mismo romper un vidrio de una ventana, mismo que puede ser sustituido rápidamente, que el causar destrozos en puertas, paredes u otros. Así podemos dar una larga lista de hechos que también se dan en la realidad y que ocasionan mayor perjuicio unos más que otros.

En estos casos de delitos de **peligro corrido**, el daño puede ser mayor o simplemente se puede considerar la existencia de un mayor riesgo en detrimento de la víctima.

Todas estas apreciaciones que además están demostradas en este trabajo de investigación, me llevan al fin que persigo con esta tesis, y en atención precisamente a estos motivos lógicos y jurídicos, es que se advierte la necesidad, de que el juez, tenga un respaldo en la norma procesal, que le permita apreciar esta **gravedad del hecho** de forma objetiva, a tiempo de aplicar las medidas cautelares de carácter personal; por lo que necesariamente sugiero la complementación de los artículos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, referidos a las medidas cautelares de carácter personal, que hacen referencia al peligro de fuga (art.- 234) y al peligro de obstaculización (art.- 235), con la introducción del elemento tan importante como es el de la **gravedad del**

hecho; con el cual considero que realmente se permitirá asegurar la presencia del imputado y la realización del proceso.

**CONCLUSIONES
Y
RECOMENDACIONES**

CONCLUSIONES

1. En cuanto a las Medidas Cautelares, que regulan la detención preventiva, puedo señalar qué, desde que se consideraron en nuestra legislación, vale decir desde el Código Penal de 1962, así como las Bases, Anteproyectos que le precedieron y demás Códigos sustantivos y adjetivos posteriores, - que son la base fundamental para la realización de éste trabajo -; que los legisladores han considerado ya, la **gravedad del hecho** con relación a la Fijación de la pena (art. 37) y a las Circunstancias (Art.- 38) del citado cuerpo legal; precisamente para evitar situaciones de impunidad o la aplicación de una pena muy reducida en relación a la **gravedad del hecho** y de la culpabilidad del autor.

2. Desde el año 1962, ya en el Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal, así como en el Código de Procedimiento Penal de 1972, se hace referencia en las Medidas Jurisdiccionales, a la **detención preventiva**, que tiene como finalidad evitar que el imputado eluda la acción de la justicia y el peligro de que realice maniobras capaces de destruir la prueba de la imputación y ocultar la verdad sobre el hecho, y por sobre todo garantizar la ejecución de la pena, para asegurar el posterior pago de daños y perjuicios, que obviamente no corresponden a la doctrina procesal actual, que reforma las medidas cautelares del antiguo sistema inquisitivo, atenuándolas y humanizándolas.

3. La detención preventiva, en las Medidas Cautelares, dispuestas tanto en el Código de Procedimiento Penal, así como en la Ley de Fianza Juratoria, consideran “la pena que se espera como resultado del proceso”, y no así la **gravedad del hecho**, que obviamente guardan bastante relación, porque de acuerdo a ésta última, por lógica, el imputado conocedor de la pena que le espera, y acorde con la magnitud de la **gravedad del hecho**, - que reitero, no se consideró, ni en esta Ley, ni en las citadas anteriormente - , opta por darse a la

fuga, no sometiéndose al proceso, dejando insatisfecha a la víctima, con la impunidad del hecho y su autor; lo que consiguientemente crea desconfianza de la sociedad hacia el Estado, por no hacer cumplir estrictamente las leyes.

4. Nuestra legislación procesal penal, en cuanto a la **detención preventiva**, establece en sus artículos 234 el Peligro de fuga y 235 el Peligro de obstaculización; disposiciones, en las que tampoco se ha considerado para su aplicación la **gravedad del hecho**, elemento sin el cual considero no se garantiza una verdadera y adecuada aplicación de la justicia; continuando las fugas constantes de los imputados, ante la comisión de un delito que reviste **gravedad**; todo esto como consecuencia de la ausencia de este requisito que creo sumamente indispensable.

5. Después de haber planteado, los aspectos fundamentales de las Medidas Cautelares, más propiamente en cuanto a la detención preventiva se refiere, en los arts. 234.- (Peligro de fuga) y 235.- (Peligro de obstaculización) como establece nuestro Código de Procedimiento Penal, así como sus falencias y limitaciones; a continuación manifestaré, porque considero necesaria su modificación.

6. El objetivo principal que busco al proponer la modificación de las medidas cautelares, es sugerir en éstas, la introducción de una disposición que considere, además del Peligro de Fuga y el Peligro de Obstaculización, la **gravedad del hecho**, a tiempo de conceder o negar la libertad al imputado.

7. Han transcurrido ya, cinco años desde la incorporación del Nuevo código de Procedimiento Penal, y cuatro años desde la promulgación de la ley que modifica el anterior código, es decir la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, Ley N° 2494, que en su Título II, hace referencia a la modificación de las Medidas Cautelares; y hasta la fecha continúa la insatisfacción jurídica de la población; lo que se demuestra cuando un imputado es aprehendido en flagrancia y se aplican

linchamientos, porque la sociedad, ha perdido totalmente la confianza en el Código de Procedimiento Penal y en sus administradores; quedando demostrado de esa manera que son insuficientes los requisitos establecidos en las previsiones de las citadas leyes, es decir las que hacen referencia la Peligro de fuga, al Peligro de Obstaculización y al Peligro de Reincidencia.

8. Asimismo, sobre lo antes manifestado, acerca de las reformas realizadas al Código de Procedimiento Penal; considero que son insustanciales, porque a la fecha y como la práctica así lo ha demostrado, no cumplen su verdadera finalidad, cual es la de asegurar la presencia del imputado en el proceso, posteriormente la ejecución de la sentencia y la reparación del daño a la víctima; y más aún, considero que al no estar en el mismo cuerpo legal, tienen poca aplicación, continuando de esta manera la ineficacia de éstas medidas ante la falta de consideración de la **gravedad del hecho**.

9. Al respecto, cabe también mencionar, la importancia de los datos estadísticos obtenidos de la Policía Nacional, que demuestran que en el último año ha existido un notable porcentaje de incremento de delincuencia, que entre otros factores, puede deberse también a la reincidencia criminal de algunos imputados que beneficiados con la libertad provisional, continúan cometiendo hechos delictivos; y esto, sumado al resultado de las entrevistas realizadas a autoridades del Poder Judicial; al estudio de casos y al resultado de las encuestas realizadas a las personas litigantes en procesos penales; me hace concluir, que un número mayoritario de esta población, está en total desacuerdo con la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal, lo que justifica la necesidad de su modificación.

10. En consecuencia, es indiscutible la necesidad y urgencia de la modificación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, en el Código de Procedimiento Penal, con la introducción de una disposición que considere como

requisitos además del Peligro de Fuga, Peligro de Obstaculización y Peligro de Reiteración, el de la **gravedad del hecho**, a tiempo de conceder o negar la libertad al imputado, para asegurar su presencia en el proceso y efectivización de la sentencia con la reparación del daño a la víctima; para que de este modo la sociedad retome la confianza en su sistema jurídico.

11. **Por tanto:** Se declara **PROBADA** hipótesis: “La falta de consideración de la **gravedad del hecho** en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, al concederse libertad provisional en delitos graves, provoca mayor fuga del imputado, lo que genera desconfianza social e inseguridad en el cumplimiento del debido proceso”.

RECOMENDACIONES

1. En atención a los puntos señalados anteriormente en forma de conclusiones y debido a la seriedad con que fue realizada la presente tesis de grado y por tratarse de un tema de mucha importancia, como se ha demostrado en el desarrollo de la misma, como lo es: “La necesidad de considerar la **gravedad del hecho** en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal”; me permito recomendar que sea enviada al CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA, por las autoridades correspondientes de la Facultad de Derecho, para que pueda ser considerada como Proyecto de Ley; por el valor, alcance y trascendencia que puede tener para beneficio de la sociedad, que busca un sistema renovado de administración de justicia que responda a la realidad y necesidades nacionales.

2. En cuanto a la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, previamente se recomendaría al Juez, que dichas medidas sean administradas con suma cautela, para no lesionar el autentico contenido de la libertad individual; analizando cuidadosamente elementos fácticos, entre los cuales prioriza el de la **gravedad del hecho**, ya que tiene por finalidad calificar el delito, consiguientemente, también el trámite procesal deberá ser en atención a dicha **gravedad** y a las consecuencias; complementando los elementos establecidos para la aplicación de estas medidas cautelares de carácter personal, referentes a las disposiciones de los artículos 234.-(Peligro de fuga).- y al 235.-(Peligro de obstaculización) en el Código de Procedimiento Penal.

3. Por otra parte el Fiscal, podrá y deberá explicitar formalmente ante el juez, el contenido de la imputación y aportará los antecedentes que permitan justificar, los requisitos necesarios para la aplicación de las medidas cautelares de carácter personal que solicita, es decir, los referidos al peligro de fuga y obstaculización;

porque estará respaldado con una disposición objetiva que los complementa en el Código de Procedimiento Penal, como es la “**gravedad del hecho**”.

4. Finalmente, resulta pertinente señalar, que la ley carece de sentido y aplicabilidad si la sociedad en su conjunto no la asimila; por tanto, se requiere del concurso de todos los actores: el Estado, el gobierno y la sociedad; por lo que resulta necesario su conocimiento, entendimiento y por sobre todo de la honestidad de los operadores de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN NACIONAL

- FLORES ALORES, Carlos "Criminología"
Ind. Gráficas "Jota Ele"
La Paz, Bolivia
2002
- FLORES MONCAYO, Carlos "Derecho Procesal Penal"
Edit. "Gramma Impresión"
La Paz, Bolivia
1985
- HERRERA AÑEZ, William "Derecho Procesal Penal Boliviano"
Edit. El País
Santa Cruz de la Sierra, Bolivia
2° Edición, 2003
Págs. 446
- JIMÉNEZ SANJINES, Raúl "Lecciones de Derecho Civil"
Tercera Edición
Librería-Editorial "Popular"
La Paz, Bolivia
1988
Págs. 397
- MIGUEL HARB, Benjamín "Derecho Penal", Parte General,
Tomo II, Lib. Edit. "Juventud"
La Paz - Bolivia
1998
- LOPEZ L., Julio "Compendio de Derecho Procesal
Penal y Código de Procedimiento
Penal, Normas éticas para el Juez y
el Abogado".
Edit. "Los Amigos del Libro",
Cochabamba – La Paz, Bolivia
1982
Págs.338.
- POMAREDA DE ROSENAUER, Cecilia Código de Procedimiento Penal

- STIPPEL, Jörg Alfred
De la Teoría a la Práctica
A través de casos desarrollados
2003 GTZ – Reforma Procesal
Penal
- POMAREDA DE ROSENAUER, Cecilia
Código de Procedimiento Penal
Materiales y Experiencias de
Talleres de Capacitación
2003 GTZ – Reforma Procesal
Penal
- VARGAS FLORES, Arturo
“Guía Teórico Práctico para la
Elaboración de Perfil de Tesis”
Taller Teórico – Práctico de
Elaboración de Perfil de Tesis de
Grado
La Paz, Bolivia
- VILLARROEL FERRER, Carlos Jaime
“Derecho Procesal Penal”
Imp. Edit. “Campo Iris” S.R.L.
La Paz, Bolivia
2001

- LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- DE CUPIS, Adriano
“El Daño”
Teoría general de la
Responsabilidad Civil
Bosch, casa Edit. S.A.
Barcelona, España, 1975
Págs. 852
- MASSA, Michele
SCHIPANI, Sandro
Un “Codice Tipo” Di Procedura
Penale Per L’ America Latina
Casa Editrice Dott Antonio Milani C.
1994

- RAMIREZ G, Rodrigo

La Victimología
Edit. Temis Librería
Bogotá, Colombia
1983
- SILVA SILVA, Jorge Alberto

Derecho Procesal Penal
2° Edición, Edit. Harla
México 1995
Págs. 826
- ZANNONI, Eduardo A.

“El Daño en la Responsabilidad Civil”
2da. Edición Actualizada y ampliada
Edit. Astrea
Buenos Aires, Argentina 1987
Págs. 471

- LEYES Y CÓDIGOS NACIONALES

- CONSTITUCION POLITICA

DEL ESTADO

Ley N° 1615 de 6 de febrero de 1995
Rivas Editorial y Marketing
La Paz, Bolivia
- BASES PARA LA REDACCION DEL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL BOLIVIANO

Editorial Cajías
La Paz, Bolivia
1964
- CODIGO PENAL BOLIVIANO

Porfirio Pérez Aquino
Editorial Megalito
La Paz, Bolivia
2002
- ANTEPROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Ministerio de Gobierno, Justicia e Inmigración
La Paz, Bolivia
1965

- NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999
U.P.S. Editorial
La Paz, Bolivia
2001
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Anotaciones y Concordancias

Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999
Clemente Espinoza Carballo
Segunda Edición Actualizada
Librería Jurídica Ameba
Cochabamba, Bolivia
2005
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ABROGADO

Decreto Ley N° 10426 de 23 de agosto de 1972
Librería Editorial "Juventud"
La Paz, Bolivia
1991
- LEY DE FIANZA JURATORIA
Contra la retardación de Justicia Penal

Ley N° 1685 de 2 de febrero de 1996
- LEY DE SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD CIUDADANA

Ley N° 2494 de 4 de agosto de 2003
Gaceta Oficial de Bolivia
- EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL
Desde la perspectiva Constitucional

Editorial El País
Santa Cruz de la Sierra, Bolivia
1° Edición, 2003

- CÓDIGOS EXTRANJEROS

- CLAUS, Roxin
EIRANOVA, Emilio
PONS, Marcial

Código Procesal Alemán STPO
Ediciones Jurídicas y Sociales
Madrid, Barcelona, año 2000
Págs. 429

- D. N° 841 de 20 de Septiembre
de 2002 del Ministerio de Justicia

Código Procesal Penal de Chile
Edición Oficial. Segunda Edición
Editorial Jurídica de Chile

- DICCIONARIOS

- OSSORIO, Manuel

Diccionario de Ciencias Jurídicas,
Políticas y Sociales
Editorial Heliasta S.R.L.
Buenos Aires, Rep. Argentina
1974

- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo

Diccionario Jurídico Elemental
Actualizado corregido y aumentado
por Guillermo Cabanellas de las
Cuevas
Editorial Heliasta
2003

ANEXOS

ANEXO A
ENTREVISTAS

Universidad Mayor de San Andrés
Facultad de Ciencias políticas y Jurídicas
Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones y Seminarios

ANEXO A

ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES Y FISCALES

Sobre: “La aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal y la necesidad de su modificación considerando la “gravedad del hecho””

- 1.- ¿Cree Ud. que son efectivas las Medidas Cautelares del Código de Procedimiento Penal y realmente cumplen su propósito?
- 2.- ¿Cree Ud., que hay descontento social en cuanto a las Medidas Cautelares del Código de Procedimiento Penal y más aún en su aplicación?
- 3.- ¿Ud. cree que la deficiencia en la aplicación de las Medidas Cautelares, está en el Código o en los jueces?
- 4.- ¿A su juicio o entender, cuáles son las deficiencias de las Medidas Cautelares en el Código de Procedimiento Penal?
- 5.- ¿Le parece que habría la necesidad de introducir la “gravedad del hecho” en las Medidas Cautelares de Carácter Personal, para evitar la excesiva libertad y consiguiente fuga del imputado?
- 6.- ¿Qué otra reforma considera Ud. pertinente en el Código de Procedimiento Penal en cuanto a las Medidas Cautelares de Carácter Personal, para que éstas verdaderamente cumplan su función?

ANEXO - A

ENTREVISTAS REALIZADAS

A JUECES Y FISCALES

Para una mejor comprensión del tema, como manifesté anteriormente y con el propósito de obtener información o un parecer mas acertado y concreto, utilicé también como una de las formas de trabajo de campo, la entrevista, la misma que realicé con personas que por de ser operadores de justicia, tienen un conocimiento amplio sobre el tema objeto de este trabajo, tales como jueces, fiscales y abogados.

I. ENTREVISTA REALIZADA A JUECES

ENTREVISTA Nº I - 1

Dra. JULIA PARRA

Juez Segundo de Instrucción en lo Penal Cautelar

Pregunta Nº 1

¿Cree Ud. que son efectivas las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal y realmente cumplen su propósito?

Respuesta.- Cuando el órgano jurisdiccional analiza, valora en un caso concreto como tal, no solamente involucra la disposición del juez al imponer una medida cautelar, sino también es el Ministerio Público, los abogados los que participan en la litigación en el proceso, posiblemente la opinión pública o la sociedad o los otros operadores de justicia también son parte del sistema, nosotros los jueces, dependemos de estos otros factores para que realmente una medida cautelar sea

o no efectiva, es decir, ya es un resultado no propiamente de esta institución jurídica, que ha sido plasmada en el Nuevo Código de Procedimiento Penal.

Pregunta Nº 2

¿Cree Ud., que hay descontento social en cuanto a la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal?

Respuesta.- Se advierte en la sociedad de que si hay un descontento, pero sin embargo, también el ordenamiento jurídico no sólo tiene que responder a imponer penas o medidas cautelares más duras; sino tiene que ser en correspondencia con otras instituciones que tienen que ver con el tema de la justicia. La sociedad tiene que realizar actos de conciencia, sobre los hechos ilícitos que cometen, puesto que un caso concreto, tiene su tratamiento específico. Tengo conocimiento como juez de instrucción, que todos los días se tramita medidas cautelares, y he visto que el descontento social es por la mala información que reflejan los medios de comunicación a la sociedad y no tanto por como se establece en los ámbitos jurisdiccionales un caso como tal, mucho depende de cómo el operador de justicia en su actuar en cada caso concreto como impone las medidas cautelares, como puede ser beneficiosa para la propia sociedad , para el propio individuo que es objeto de medidas cautelares.

Pregunta Nº 3

¿Ud. cree que la deficiencia en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, está en el Código o en los jueces?

Respuesta.- El Código a mi juicio es una norma legal garantista, que respeta los derechos humanos y que corresponde a la Constitución Política del Estado, pero sin embargo no solo tiene que ver con la responsabilidad del juez sino también de los demás actores que también tienen que ver con la administración de justicia,

pues no sólo la justicia se desarrolla en el ámbito institucional del juez, sino también en todos los estamentos e instituciones estatales que tiene que ver con la administración de justicia como tal.

Pregunta N° 4

¿A su juicio o entender, cuáles son las deficiencias de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal?

Respuesta.- Las deficiencias de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Penal, no las encuentro y puesto que ya han sido modificadas incluso por la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, con la finalidad de poder incluso agravar o decidir con referencia a la reincidencia y disponer una probable detención preventiva en contra de un imputado reincidente; no se cómo podríamos ser tal vez ser más draconianos en seguir imponiendo otras penas, pero supongo que el razonamiento esta librado a la propia administración de justicia y como se empleen las medidas cautelares, yo no veo que sean ineficientes; sino la deficiencia está en como se las aplica, como se ejerce el sentido de la proporcionalidad, que se debe tener cuenta al imponerse una medida cautelar, en correspondencia al delito, la naturaleza del mismo hecho; todos estos aspectos tienen que ser observados y valorados por el ordenamiento jurisdiccional.

Pregunta N° 5

¿Le parece que habría la necesidad de introducir la “gravedad del hecho” en las Medidas Cautelares de Carácter Personal, para evitar la excesiva libertad y consiguiente fuga del imputado?

Respuesta.- Considero como Juez Cautelar de un sistema garantista que no debería de considerarse la gravedad del hecho, pues ese es el desarrollo al cual

me adscribo a la humanización del derecho penal, considerar agravar las medidas cautelares en proporción a la gravedad del hecho, sería también romper con la presunción de inocencia, a que todo sujeto de derecho tiene legítimo derecho; muchas veces puede darse, que haya un error en la investigación sobre un hecho y señalar detención preventiva sin prever que hay presunción de inocencia y guiarse por la gravedad del hecho de repente estaríamos rompiendo estos principios tan fundamentales como pensar en lo adverso o en lo contrapuesto es la gravedad del hecho, porque cuando esta va es concurrente como dice el art. 233, para determinar una medida cautelar no solo se ve la participación de imputado en un hecho ilícito sino también se ve los riesgos procesales y si éstos están debidamente fundamentados al igual que el tema de la proporcionalidad el juez puede observar la máxima que se puede imponer en ese sentido es la detención preventiva, generalmente valorando el hecho en sí y todos los aspectos que hacen todo un conjunto para disponer la detención preventiva.

Pregunta Nº 6

¿Qué otra reforma considera Ud. pertinente en las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal, para que éstas verdaderamente cumplan su función?

Respuesta.- Hasta el momento, como operadora de justicia en los casos que he podido atender, no he visto que los ciudadanos no cumplan con las medidas cautelares determinadas; pero también la medida drástica como es la detención preventiva de acuerdo al caso concreto se ha impuesto, considero fundamentalmente que la norma legal esta bien realizada, conozco que hay descontento social sin embargo ese descontento social es realizado por hechos aislados que al final tienen que ver con la observación a la administración de justicia que hoy en día está muy cuestionada, hasta por problemas éticos.

ENTREVISTA Nº I - 2

Dr. BERNARDO SORIA

Juez Técnico Tribunal de Sentencia Segundo

Pregunta Nº 1

¿Cree Ud. que son efectivas las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal y realmente cumplen su propósito?

Respuesta.- Desde el punto de vista de la teoría debería cumplirse y ser efectiva, sin embargo en la práctica se ha establecido una serie de falencias que como conocemos, han hecho de que no tengamos la seguridad de poder cumplir con los fines de las medidas cautelares.

Pregunta Nº 2

¿Cree Ud., que hay descontento social en cuanto a la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal?

Respuesta.- Percibo que hay descontento social, pero eso no sólo sucede aquí en Bolivia, sino también en otros países donde están vigentes este tipo de medidas cautelares, siempre se está criticando a la administración de justicia, señalando que hay delincuentes que son aprehendidos por la policía y en forma casi inmediata los jueces les otorgan la libertad, pero debemos considerar una serie de aspectos respecto a la criminalidad, no solo atañe al poder judicial sino es todo un conjunto de política criminal del propio Estado y existe ese descontento pero que son problemas del sistema y seguramente la pretensión será de superar a lo largo del tiempo y la profundización del sistema estos extremos.

Pregunta Nº 3

¿Ud. cree que la deficiencia en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, está en el Código o en los jueces?

Respuesta.- El Código tiene coherencia, si hay alguna deficiencia se deberá a que el sistema de medidas cautelares, tal vez no está muy adecuado a la realidad nacional boliviana, pero lógicamente, también mucho tiene que ver, con la capacidad de aplicación de estas medidas cautelares por los operadores de justicia, puede ser que haya una serie de deficiencias por parte de los administradores de justicia en una aplicación eficiente de las medidas cautelares.

Pregunta Nº 4

¿A su juicio o entender, cuáles son las deficiencias de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal?

Respuesta.- Por ejemplo, en una medida cautelar de carácter personal, que es la presentación periódica del imputado a firmar un libro en el tribunal o ante la fiscalía, de alguna manera estamos supeditados al cumplimiento voluntario del imputado, si este ya no viene a firmar o no quisiera cumplir con esta obligación que se hace para que sea efectiva?, se podría expedir mandamientos, como aseguramos eso, por eso las medidas cautelares doctrinalmente son coherentes, pero sin embargo tal vez no estén muy adecuadas a nuestra realidad, que no está como para poder exigir el cumplimiento de dichas medidas cautelares, menos el de controlarla, por eso es que la gente piensa que la única medida cautelar efectiva es la detención preventiva.

Pregunta Nº 5

¿Le parece que habría la necesidad de introducir la “gravedad del hecho” en las Medidas Cautelares de Carácter Personal, para evitar la excesiva libertad y consiguiente fuga del imputado?

Respuesta.- Es un tema muy delicado, no comparto con ese extremo en mérito a que la detención preventiva debe ser de última ratio, mientras tanto debe presumirse la inocencia del imputado; la presunción de inocencia no quiere decir que no exista la detención preventiva, pero esta se debe dar cuando no hay otros mecanismos para asegurar la presencia del imputado en el juicio, se ha discutido mucho que en Bolivia se presenta una serie de delitos graves violaciones homicidios asesinatos donde debería inmediatamente disponerse detención preventiva, pero son resortes del propio Ministerio Público que este tipo de delitos que pueden ser inclusive flagrantes, tengan mayor posibilidad de demostrar la fuga y obstaculización a fin de buscar una detención preventiva tal vez para evitar mayor reclamo de la población; tendría que analizarse nuevamente este extremo pero no es tan fácil, ni tan simple.

Pregunta Nº 6

¿Qué otra reforma considera Ud. pertinente en las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal, para que éstas verdaderamente cumplan su función?

Respuesta.- No es tan fácil hacer una reforma, hay que analizar, ver si con una reforma en el sentido de decir si aquí procede o no detención preventiva para ciertos delitos, también hay que analizar si con eso estamos solucionando el problema, si con eso estamos adecuando nuestra conducta a la Constitución Política y a los Tratados Internacionales.

II. ENTREVISTA A FISCALES

ENTREVISTA Nº II - 1

Dr. FÉLIX PERALTA PERALTA

Fiscal de Materia – Asignado a Sustancias Controladas

Pregunta N° 1

¿Cree Ud. que son efectivas las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal y realmente cumplen su propósito?

Respuesta.- Considero, que como están redactadas en el Código de Procedimiento Penal, son adecuadas; sin embargo entiendo que **la deficiencia se presenta a tiempo de realizar la aplicación efectiva de estas medidas cautelares**, porque en definitiva muchas veces se plantea que con su carácter revisable y modificable en cualquier momento pueden ser aprovechadas fácilmente por los imputados que finalmente acogiéndose a estas medidas una vez que obtienen una libertad provisional o medida sustitutiva a la detención preventiva, sencillamente desaparecen y finalmente no se los puede llevar a juicio, porque las medidas cautelares tienen como finalidad precisamente llevarlos a juicio y si esto no se puede realizar, prácticamente pierden eficacia.

Pregunta N° 2

¿Cree Ud., que hay descontento social en cuanto a la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal del código de Procedimiento Penal?

Respuesta.- Considero que **si hay descontento social**, porque muchas veces **se establece que para exista una medida extrema, como es la detención preventiva sin considerar la gravedad de los delitos, basta con que el imputado al que se le atribuye la comisión de un delito, demuestre que cuenta con domicilio, familia y/o un trabajo para viabilizar su libertad** y esto genera realmente un gran descontento y una gran protesta de la gente, por ejemplo cuando ve que un familiar a perdido la vida y se ha encontrado la flagrancia y la gravedad en el hecho y sin embargo con el sólo argumento de

tener familia y presentar algunos documentos ellos facilitan su libertad y esto más bien constituye un detrimento para la aplicación verdadera de la ley.

Pregunta N° 3

¿Ud. cree que la deficiencia en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, está en el Código o en los jueces?

Respuesta.- Yo entiendo que en realidad la norma es buena, pero a la vez también se puede perfeccionar,; y por otro lado, considero que hay temas en los que los jueces no pueden tratarlos de igual forma por ejemplo delitos muy graves que tienen que ser considerados de manera diferente, mucho depende de la interpretación que realizan los jueces; si nos ponemos a pensar en el caso de un asesinato o de un grave daño económico, no es lo mismo que un pequeño hurto de un celular o un robo simple; considerando el bien jurídico protegido y precautelarlos; creo por ese lado, que hay que replantear la aplicación de las medidas cautelares.

Pregunta N° 4

¿A su juicio o entender, cuáles son las deficiencias de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal?

Respuesta.- En cuanto a las deficiencias de las Medidas Cautelares, no consideran algunos elementos, por ejemplo el tema de la flagrancia, cuando se ha cometido un hecho delictivo, en el que se ha encontrado a una persona cometiendo el mismo, esto sí debería considerarse para aplicar una detención preventiva y sin embargo al presente no ocurre ello; por otro lado **la gravedad de un hecho delictivo, si nos ponemos a pensar, que si a una persona se la encuentra en flagrancia en un delito grave como por ejemplo el delito de asesinato, ello muchas veces no se considera a tiempo aplicar las medidas cautelares,** por lo tanto esa por ejemplo puede ser una de las deficiencias en las

medidas cautelares, que implican por ejemplo el daño a la economía del Estado, así como en los delitos de corrupción, en los que no se consideran estos elementos, a tiempo de aplicar las medidas cautelares.

Pregunta N° 5

¿Le parece que habría la necesidad de introducir la “gravedad del hecho” en las Medidas Cautelares de Carácter Personal, para evitar la excesiva libertad y consiguiente fuga del imputado?

Respuesta.- Yo considero, que todo lo que sea tendiente y sirva para luchar contra el delito es bueno, no hay que olvidar que así como existen derechos fundamentales existen derechos de la sociedad, es decir la seguridad jurídica de la sociedad, en ese sentido hay aspectos que son incluso de política criminal que tienen que ser considerados, el Derecho Penal es en sí eso, es política criminal, es decir, tiende a prevenir la comisión de delitos, Ahora bien, cuando hablamos de medidas cautelares, no hay que olvidarse que son instrumentales, no es sí misma un fin, sino un medio para posibilitar la realización de un juicio, y cuando estamos en presencia de un delito muy grave, con seguridad que las medidas cautelares tienen que asegurar que las personas estén en el juicio, **cuando hablamos en el tema de asesinato, de delitos graves, entiendo , que debería considerarse ese criterio de la gravedad de un hecho delictivo, para hacer viable una medida cautelar,** en un caso extremo como es la detención preventiva.

Pregunta N° 6

¿Qué otra reforma considera Ud. pertinente en las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal, para que éstas verdaderamente cumplan su función?

Respuesta.- Toda disposición que se emite siempre es perfectible, la realidad y las necesidades de la sociedad, muchas veces hacen imperioso un conjunto de reformas, en ese sentido considero que **deben introducirse algunas reformas en cuanto a la aplicación de las medidas cautelares, tomando en cuenta por ejemplo el tema de la flagrancia vinculada a hechos o delitos graves**, como son los delitos contra la vida, en contra del Estado boliviano; entonces a partir de ese criterio pueden establecerse reformas que permitan una verdadera efectividad de las medidas cautelares que viabilicen la realización de un juicio como tal, que es lo más fundamental del proceso.

ENTREVISTA Nº II - B

Dra. ROSARIO DURÁN

Fiscal de la Unidad de Solución Temprana

Pregunta Nº 1

¿Cree Ud. que son efectivas las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal y realmente cumplen su propósito?

Respuesta.- De acuerdo al Código de Procedimiento Penal, las medidas cautelares relativas a la aplicación de la detención preventiva, cumplen su propósito siempre y cuando se fundamente ante el juez que existen los dos requisitos que establece el art. 233.- (Requisitos para la detención preventiva).

Pregunta Nº 2

¿Cree Ud., que hay descontento social en cuanto a la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal?

Respuesta.- En cuanto se refiere a las medidas cautelares, se ve en los medios de difusión que **existe descontento en relación a la aplicación de las medidas cautelares, generalmente en relación a los delitos que son graves.** Pero, en cuanto a su aplicación mucho depende de la objetividad de la que en este caso el fiscal demuestre al juez que exista la posibilidad de solicitar la detención preventiva, es el fiscal quien tendrá que demostrar objetivamente en audiencia al juez que existen los dos requisitos que establecen los art. 233.- (Requisitos para la detención preventiva), 234.- (Peligro de fuga) y 235.- (Peligro de obstaculización).

Pregunta Nº 3

¿Ud. cree que la deficiencia en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, está en el Código o en los jueces?

Respuesta.- No le encuentro deficiencia a las Medidas Cautelares de carácter personal establecidas en el Código de Procedimiento Penal, están claras, el mismo código establece especialmente en el Capítulo I, las formalidades, los requisitos, en cuanto se refiere a las medidas cautelares; **lo que sí se tiene que hacer es aplicar correctamente**, por ejemplo si el art. 233.- (Requisitos para la detención preventiva, nos está pidiendo dos requisitos los jueces, estos se tienen que cumplir y adecuarse a la norma, si nos referimos al peligro de fuga, nos basamos en el art. 234.- (Peligro de fuga), y adecuar la conducta del imputado y también interpretar la Ley Nº 2494 Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, en relación a los artículos señalados. Entonces, en mi opinión, la deficiencia no está en el Código de Procedimiento Penal, lo que **sucede a veces es que se interpreta mal**, este código en cuanto se refiere a medidas cautelares y las interpretaciones son subjetivas y eso da lugar y por eso existen tantas sentencias constitucionales que interpretan las medidas cautelares por la mala interpretación y aplicación de las medidas cautelares.

Por otro lado, si puede haber jueces más garantistas, de hecho el Código de Procedimiento Penal es garantista; no obstante que existe una Sentencia Constitucional, en la que se establece que cuando exista los dos requisitos establecidos en el 233 directamente procede la detención preventiva, pero hay que considerar también lo previsto en el art. 232 que se refiere a la improcedencia de la detención preventiva.

Pregunta N° 4

¿Le parece que habría la necesidad de introducir la “gravedad del hecho” en las Medidas Cautelares de Carácter Personal, para evitar la excesiva libertad y consiguiente fuga del imputado?

Respuesta.- En cuanto a introducir la “gravedad del hecho” la norma, es decir el Código de Procedimiento Penal, ya establece y nos limita en cuanto se refiere a la improcedencia de la detención preventiva o las medidas sustitutivas, nos señala específicamente cuando no procede la detención preventiva.

Pero por otro lado **considero que debería incorporarse la “gravedad del hecho”**, no obstante que el Código establece limitaciones para la detención preventiva como señalé, **sería novedoso introducir algún artículo referido a la “gravedad del hecho”, por ejemplo violaciones, homicidios, asesinatos, en los que los fiscales cuando existan esta clase de delitos graves, no tendríamos que demostrar al juez, que existen los requisitos establecidos en el art. 232.-, sino con un solo requisito se le pueda demostrar al juez que ya por la gravedad del hecho en el delito cometido y el pueda tomar una determinación de una detención preventiva**, por eso considero necesario introducir un artículo que complemente para que el juez tenga un respaldo y los fiscales también, solamente con demostrar la gravedad del delito para que se disponga la detención preventiva; porque ahora así sea grave el delito necesariamente el fiscal tiene que demostrarle al juez los tres requisitos

mencionados, más bien ya introduciendo una norma con relación a la gravedad del hecho, daría al juez la facultad para disponer la detención preventiva.

Pregunta N° 5

¿Qué otra reforma considera Ud. pertinente en las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal, para que éstas verdaderamente cumplan su función?

Respuesta.- El Código de Procedimiento Penal, ya ha sido reformado en cuanto se refiere a las Medidas Cautelares, con la Ley 2494 Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, **lo que sí sería interesante, como dije anteriormente, es introducir la gravedad del hecho**, esto estaría relacionado con que los fiscales ya no tendrían que demostrar necesariamente los requisitos establecidos en el art. 232.- ante la comisión de un delito grave, sino solamente demostrar la gravedad del hecho para que proceda la detención preventiva; porque las medidas cautelares cumplen su función, pero también está relacionado con la interpretación en forma subjetiva de estos artículos que hacen los jueces, lo que da lugar a que se dicten Sentencias Constitucionales precisamente interpretativas de estas medidas cautelares.

COMENTARIO PERSONAL SOBRE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS A:

I - JUECES

La mayoría de los Señores Jueces que han sido entrevistados, sobre la necesidad de modificar las Medidas Cautelares de Carácter Personal, del Código de Procedimiento Penal, porque no estarían cumpliendo su finalidad al evidenciarse las constantes fugas de los imputados y que por lo tanto no responden al proceso; sería una de las muchas razones por las que existiría descontento social; expresaron su opinión, manifestando que no están de acuerdo en considerar la “**gravedad del hecho**”, porque si se tomaría en cuenta la gravedad del hecho se estaría afectando las garantías del imputado y ya se estaría presumiendo su culpabilidad; aferrándose al criterio de que éstas ya habrían sido modificadas tanto por el Nuevo Código de Procedimiento Penal, así como por la Ley 2494, Ley de Sistema Nacional de seguridad Ciudadana; puesto que según ellos, sólo se pueden regir por la norma procesal vigente que es garantista, en la cual la libertad es la regla y la detención es la excepción, y está en correspondencia con el desarrollo del derecho penal, con la finalidad de respetar los derechos humanos y para que ya no haya hacinamiento en las cárceles, como ocurría con el anterior Código de Procedimiento Penal, que es lo que contentaba a la sociedad y que en la actualidad, por falta de información hay descontento en la sociedad.

II - FISCALES

De lo manifestado por los fiscales, puedo concluir, que existen deficiencias en la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal, por parte de los operadores de justicia en este caso por los jueces, debido en primer lugar, a que se rigen estrictamente por la norma procesal

que es garantista; y en segundo lugar, tal vez el más importante, a la interpretación que realizan los jueces de la norma y al criterio subjetivo con que proceden; hecho que también se demuestra con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en ese sentido, es decir con Sentencias Constitucionales para interpretar la aplicación de las Medidas Cautelares que realizan los jueces.

Estas deficiencias que se presentan en la aplicación del procedimiento penal, de algunos operadores de justicia, por ejemplo en delitos que tienen relevancia social, como lo demuestran los medios de comunicación social; no obstante lo que el fiscal y las partes solicitan y demuestran, con fundamentos para la aplicación de una medida cautelar extrema como es la detención preventiva, los jueces encuentran siempre un resquicio para no aplicarla, como señalé, en apego estricto a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal; es decir, determinan no aplicar la detención preventiva, para facilitar al imputado libertad más amplia para su defensa, pero al mismo tiempo, dando tal vez al imputado la posibilidad de fuga, porque considero que no existen criterios valederos, para determinar si el imputado, una vez concedida una medida sustitutiva a la detención preventiva, se presentará a todos los actos del proceso; considero que ocurre esto, porque precisamente los jueces, no cuentan con un respaldo jurídico más objetivo, en la norma procesal penal, es decir: si las Medidas Cautelares de Carácter Personal del Código de Procedimiento Penal se modificarían incorporando o más bien dicho complementando los requisitos referentes al peligro de fuga (art. 234) y al peligro de obstaculización (art. 235) con otro requisito como es el de la **“gravedad del hecho”**, que considero fundamental e imprescindible como analicé y demostré en el desarrollo de este trabajo, con el que realmente se evitaría el peligro de fuga y obstaculización y se aseguraría la comparecencia del imputado en el proceso y la efectivización de la sentencia; sin considerarse esta detención preventiva, como una pena anticipada sino más bien, en atención a la **proporcionalidad que debe existir entre el delito (que obviamente es grave) y la imposición de una medida cautelar de carácter personal.**

Para respaldar también este punto, como mencioné, el mismo Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en este sentido, o sea, que cuando existen los fundamentos debidamente demostrados por parte de la fiscalía para solicitar la detención preventiva, el juez no puede decidir a su libre arbitrio, el juez está sometido a ciertas reglas del procedimiento, que le mandan e imponen, que si el caso que esta demostrado por todos esos elementos para la detención preventiva, al juez, no le queda otra alternativa para aplicar ello, porque lo contrario significaría estar librados al mejor o peor criterio de un operador de justicia como es el juez y eso considero que es lo que ha estado ocurriendo y esto va en **desmedro de la credibilidad de la justicia** y por sobre todo de la protección jurídica que deben tomar en cuenta los operadores de justicia, a tiempo de aplicar este tipo de medidas.

Por lo que, no hay que olvidar que la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, finalmente, también responden a una forma de política criminal que es la prevención y la búsqueda de una seguridad jurídica; no es posible que todos los casos puedan ser tratados de la misma forma; y esto también puede ser otra causal para el **descontento social y desconfianza jurídica**, que esta llegando a extremos y que se quiere justificar con el **linchamiento**; que también puede estar ligado, a otros factores y causas, por ejemplo, puede deberse al dilema de la situación social que se puede estar viviendo en el momento; pero también, puede estar vinculado con la falta de credibilidad que la sociedad tenga, respecto a la aplicación de las medidas cautelares por parte de los operadores de justicia.

ANEXO B
ENCUESTAS

Boleta

Nº de

--	--

Universidad Mayor de San Andrés
Facultad de Ciencias políticas y Jurídicas
Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones y Seminarios

ENCUESTA DE PERCEPCION SOCIAL A PERSONAS LITIGANTES, ACERCA DE LA NECESIDAD DE MODIFICAR LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, CONSIDERANDO LA “GRAVEDAD DEL HECHO”

I. DATOS PERSONALES DEL ENCUESTADO

1. Sexo

1	Hombre	
---	--------	--

2	Mujer	
---	-------	--
2.

1	Litigante	
---	-----------	--

2	Otro	
---	------	--

 Ocupación

II. IMPORTANCIA ASIGNADA A LA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL

1. A quién cree Ud., que benefician más las Medidas Cautelares de Carácter Personal establecidas en el Código de Procedimiento Penal?

- | | | |
|---|----------|--|
| 1 | Imputado | |
|---|----------|--|

2	Víctima	
---	---------	--

2. Ante la favorabilidad que brinda al imputado el Código de Procedimiento Penal, por ser un código garantista, Ud. le ha perdido confianza?

- | | | |
|---|----|--|
| 1 | Si | |
|---|----|--|

2	No	
---	----	--

3. Cree Ud. que sólo, con los requisitos establecidos para la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, en el Código de Procedimiento Penal, referidos al peligro de fuga y peligro de obstaculización, se asegura la presencia del imputado en el proceso?

- | | | |
|---|----|--|
| 1 | Si | |
|---|----|--|

2	No	
---	----	--

4. Considera que deberían modificarse las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal, para evitar la excesiva libertad y consiguiente fuga del imputado?

- | | | |
|---|----|--|
| 1 | Si | |
|---|----|--|

2	No	
---	----	--

QUÉ ES LA GRAVEDAD DEL HECHO Y PORQUÉ ES NECESARIO CONSIDERARLA EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL?

La **GRAVEDAD DEL HECHO** o del delito, en algunos casos, puede **incrementar la posibilidad de fuga**, que sumada a las **actuaciones precedentes** del imputado, **de no presentación o de reiteración, hace que se incremente el riesgo de fuga y de obstaculización**; y por esto, necesariamente, el imputado debería de ser afectado con una medida cautelar de mayor intensidad como es la **detención preventiva**; que puede ser aplicada, considerando precisamente esta **gravedad del hecho** en las medidas cautelares personales, para que realmente cumplan su propósito: evitar la fuga u obstaculización y asegurar la presencia del imputado en el proceso hasta efectivizar su sentencia.

5. Por lo señalado, cree Ud., que hay necesidad de incorporar la **“gravedad del hecho”**, como otro requisito para la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal, para asegurar la presencia del imputado en el proceso?

- | | | |
|---|----|--|
| 1 | Si | |
|---|----|--|

2	No	
---	----	--

ANEXO - B
ENCUESTAS REALIZADAS A PERSONAS
LITIGANTES SOBRE:

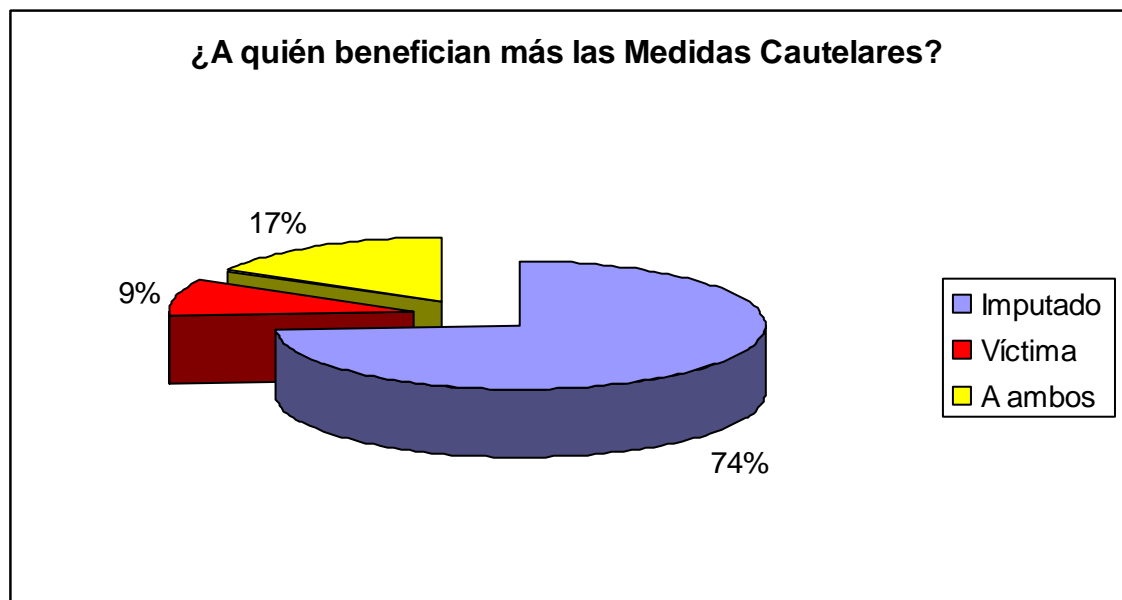
**“LA NESECIDAD DE CONSIDERAR LA GRAVEDAD DEL
HECHO EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN EL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL”**

Encuesta de percepción social a personas litigantes en procesos penales, acerca de la necesidad de modificar las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal, considerando la “Gravedad Del Hecho”

También con el propósito de respaldar este trabajo, consideré necesario y oportuno, realizar una encuesta a personas que sin contar con estudios especializados en la materia, se vieron involucradas en procesos penales, en los cuales obviamente se interpusieron medidas cautelares de carácter personal, lo cual resultó muy favorable para este trabajo. Por este motivo, tome como universo poblacional, a la Corte Superior de este Distrito, para determinar qué es lo que las personas litigantes (víctimas e imputados) en procesos asentados en Juzgados de Instrucción Penal Cautelar, consideran con relación a la efectividad de las Medidas Cautelares de Carácter Personal y la necesidad de su modificación con la incorporación de la “gravedad del hecho” para garantizar realmente la presencia del imputado en el proceso.

1. A QUIÉN CREE UD., QUE BENEFICIAN MÁS LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL?

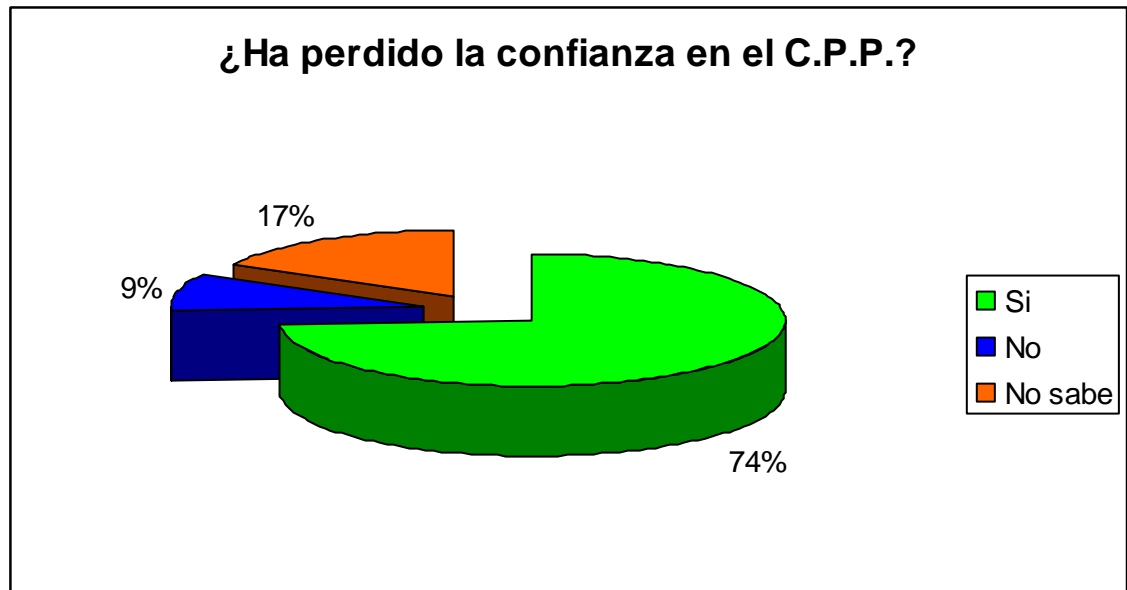
Cuadro Nº 1



No puede justificarse la discriminación y desigualdad procesal ante la ley, que trae consigo favorecer al imputado, con una medida cautelar sustitutiva, más aún sin considerar, la gravedad del hecho cometido, necesariamente deberá imponerse la detención preventiva, valorando el riesgo de fuga y obstaculización para que se cumpla el propósito de la medida cautelar, que es el de asegurar la comparecencia del imputado en el proceso.

2. ANTE LA FAVORABILIDAD QUE BRINDA AL IMPUTADO, EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, POR SER UN CÓDIGO GARANTISTA, UD. LE HA PERDIDO CONFIANZA?

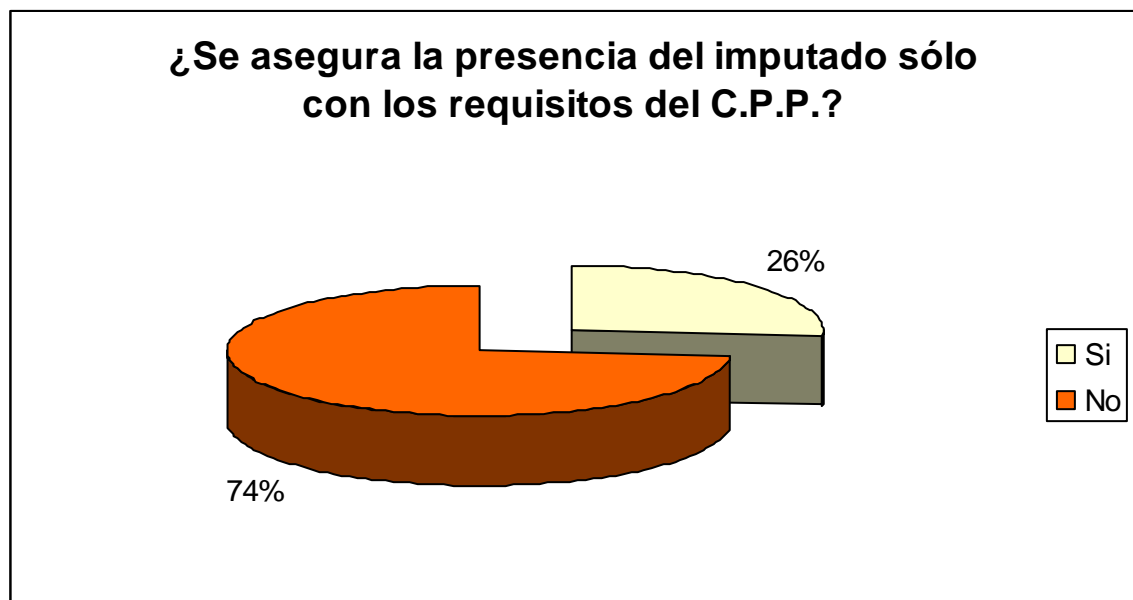
Cuadro Nº 2



Se ha demostrado, con la reacción de la misma sociedad, que entre otros motivos, ha perdido totalmente la confianza en el Código de Procedimiento Penal; y también por la interpretación que realizan los jueces de la norma y al criterio subjetivo con que proceden, entre otros; este hecho se evidencia con frecuencia, a través de los medios de comunicación, los cuales señalan que ante todo en las zonas marginales los imputados son aprehendidos en flagrancia, donde en muchos de los casos se ha querido aplicar una "justicia comunitaria" o más propiamente un linchamiento, surge la intervención de la policía que protegiendo la vida de los imputados los pone a disposición del fiscal y éste a su vez a disposición del juez, el cual en aplicación del Código de Procedimiento Penal, los pone inmediatamente en libertad, sin tomar en cuenta absolutamente para nada la **gravedad del hecho** y las consecuencias del medio empleado.

3. CREE UD. QUE SÓLO, CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL, EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, REFERIDOS AL PELIGRO DE FUGA Y PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN, SE ASEGURA LA PRESENCIA DEL IMPUTADO EN EL PROCESO?

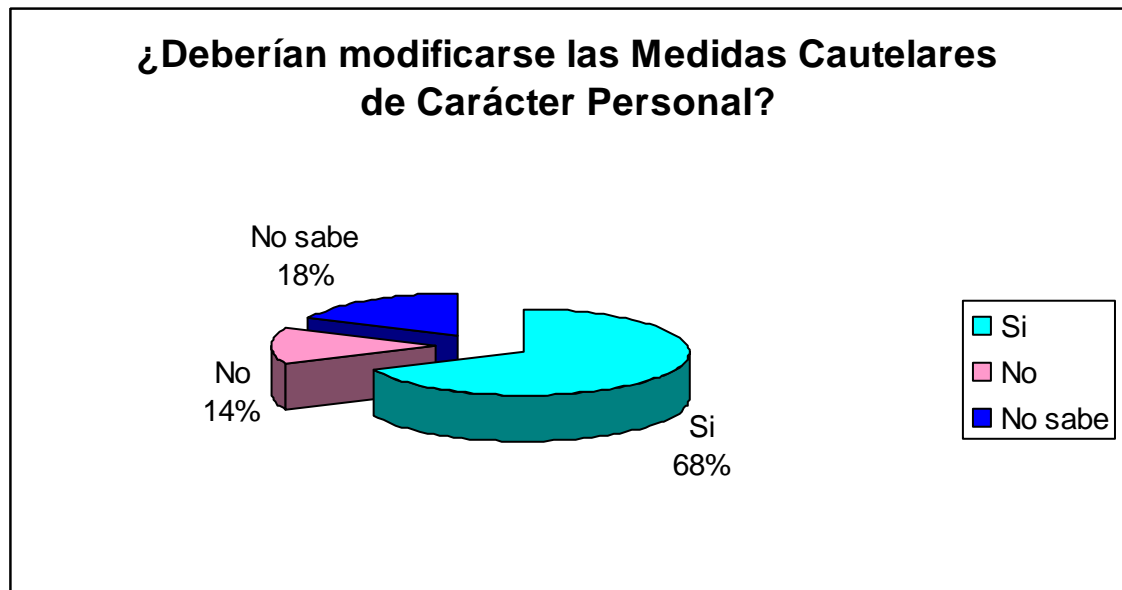
Cuadro Nº 3



En este caso las personas litigantes, son conocedoras, que cuando se solicita la detención preventiva, el juez de la causa en atención a que el imputado cumple con los requisitos establecidos en los arts. 234.- (Peligro de fuga) y por lo tanto no existe Peligro de obstaculización (art. 235.-), dispone la libertad provisional del imputado, imponiendo algunas medidas sustitutivas. Esta situación en un delito grave, da un estímulo al imputado para fugar y de producirse la fuga del imputado, trae como consecuencias, la de que el imputado no comparezca en el proceso, entorpeciendo la averiguación de la verdad, lo que también constituye obstaculización del proceso, el que puede resultar más costoso con la búsqueda del **imputado**, con su citación por edictos, su declaración de rebeldía y los efectos de la misma.

4. CONSIDERA QUE DEBERÍAN MODIFICARSE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, PARA EVITAR LA EXCESIVA LIBERTAD Y CONSIGUIENTE FUGA DEL IMPUTADO?

Cuadro Nº 4



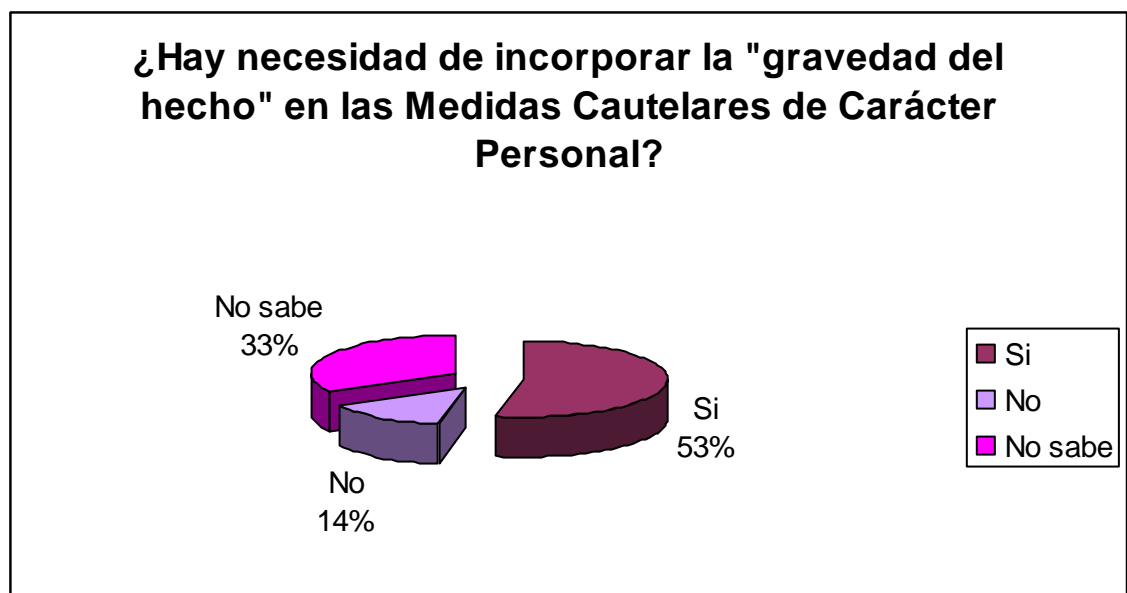
Una de las finalidades de la detención preventiva es garantizar el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley, cumpliéndose lo que realmente se resuelva en dicho proceso; con esto queda claramente establecido, que sería imposible conseguir la efectiva culminación del proceso, así como la seguridad ante todo de la víctima y de la sociedad, si el imputado fugaría o abusando de su libertad, destruyera o falseara elementos probatorios, y a la vez estaría impidiendo el cumplimiento de la condena. Lo que significaría que la justicia sería burlada, quedando impune el tanto el hecho como la víctima; por lo que resulta necesario que se modifiquen las Medidas Cautelares de Carácter Personal, establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

QUÉ ES LA **GRAVEDAD DEL HECHO** Y PORQUÉ ES NECESARIO CONSIDERARLA EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL?

La **GRAVEDAD DEL HECHO** o del delito, en algunos casos, puede incrementar la posibilidad de fuga, que sumada a las actuaciones precedentes del imputado, de no presentación o de reiteración, hace que se incremente el riesgo de fuga y de obstaculización; y por esto, necesariamente, el imputado debería ser afectado con una medida cautelar de mayor intensidad como es la detención preventiva; que puede ser aplicada, considerando precisamente esta gravedad del hecho en las medidas cautelares de carácter personal, para que realmente cumplan su propósito: evitar la fuga u obstaculización y asegurar la presencia del imputado en el proceso hasta efectivizar su sentencia.

5. POR LO SEÑALADO, CREE UD., QUE HAY NECESIDAD DE INCORPORAR LA "GRAVEDAD DEL HECHO", COMO OTRO REQUISITO PARA LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, PARA ASEGURAR LA PRESENCIA DEL IMPUTADO EN EL PROCESO?

Cuadro Nº 5



La sociedad reclama constantemente un cambio profundo en la administración de justicia, que también se demuestra con el resultado de este tipo de encuestas, que refleja la insatisfacción por la ineficiencia de la persecución penal y la impunidad por lo que es indiscutible la necesidad y urgencia de la modificación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código de Procedimiento Penal, con una disposición que considere además del Peligro de Fuga, Peligro de Obstaculización y Peligro de Reiteración, el de la **gravedad del hecho**, a tiempo de conceder o negar la libertad al imputado, para asegurar su presencia en el proceso y efectivización de la sentencia con la reparación del daño a la víctima; para que de este modo la sociedad retome la confianza en su sistema jurídico.

ANEXO C
INCREMENTO DE
DELINCUENCIA

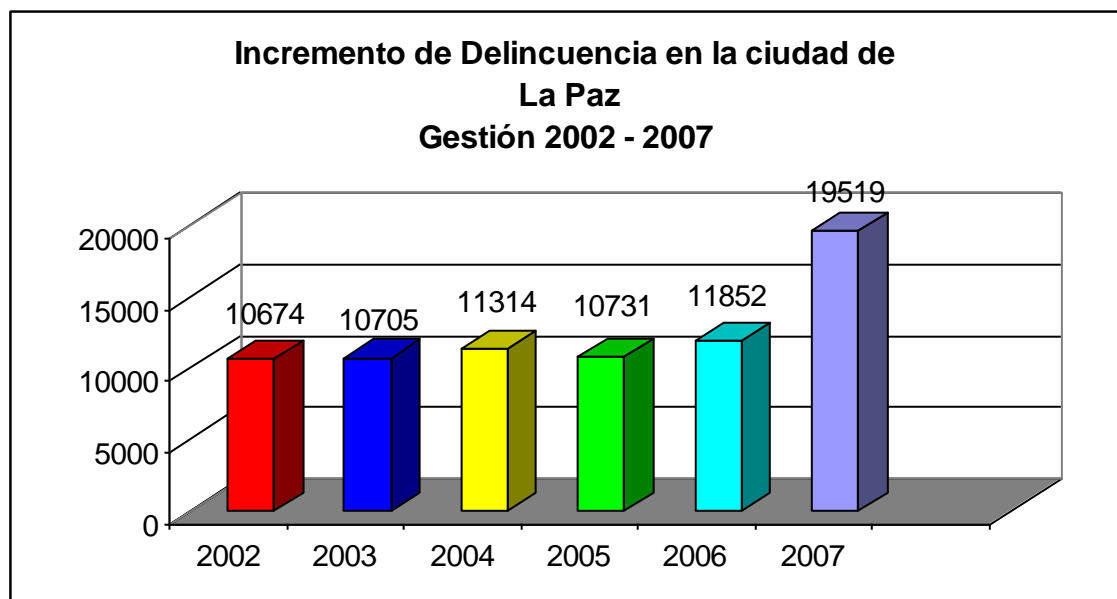
ANEXO - C

DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE EL INCREMENTO DE DELINCUENCIA

Es importante, mencionar los datos estadísticos acerca del Incremento de Delincuencia a Nivel Nacional, obtenidos del Departamento Nacional de Planeación Policial de la Dirección Nacional de Planeamiento y Op. de la Policía Nacional.

Este trabajo en cuanto a su delimitación espacial o geográfica está circunscrito en el departamento de La Paz, no obstante y para una mejor comprensión, considero importante complementar los datos estadísticos sobre el incremento de delincuencia en ésta ciudad, con los datos obtenidos a nivel nacional, los que demuestran un elevado índice en el año 2006:

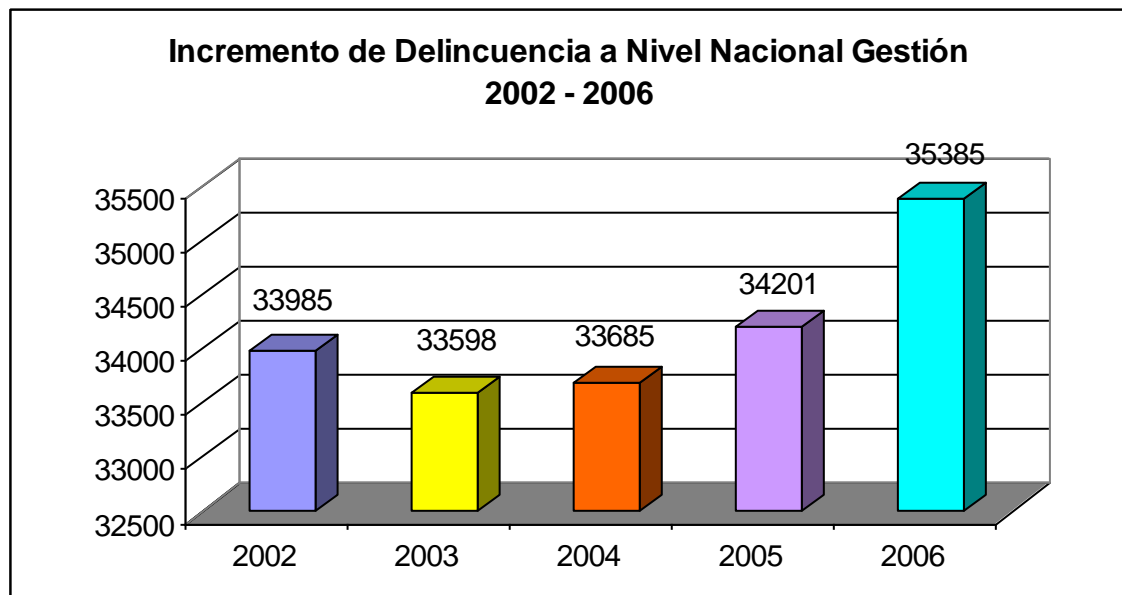
Cuadro Nº 6



Este hecho, podría deberse entre otros, a la reincidencia criminal, pero

también por parte de imputados que mantienen libertad provisional; y frente a esta impunidad la sociedad, pide penas más duras, demostrando insatisfacción por la ineficiencia de la persecución penal que se refleja con los **linchamientos**; ante esto, surge la intervención de la policía que protegiendo la vida de los imputados los pone a disposición del fiscal y éste a su vez a disposición del juez, el cual en aplicación estricta del Código de Procedimiento Penal, les otorga libertad provisional, sin tomar en cuenta la **gravedad del hecho**.

Cuadro N° 7



Estos datos estadísticos, demuestran que se ha incrementado la delincuencia en esta ciudad desde el año 2006, pero lo que es relevante, es el notable incremento de delincuencia que se ha manifestado en el año 2007, considerando que este dato sólo responde al primer semestre de esta gestión. Este índice elevado de delincuencia, podría deberse a que en esta ciudad están la Sede de Gobierno, la Corte Superior de Justicia además de importantes instituciones gubernamentales, lo que tal vez genera que se sustancien innumerables conflictos de importante trascendencia para la sociedad.

ANEXO D
SENTENCIAS
CONSTITUCIONALES

ANEXO – D
SENTENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE
MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER
PERSONAL
“Detención Preventiva”

Las siguientes Sentencias Constitucionales, emitidas por el Tribunal Constitucional de la República, se transcriben a continuación, también con el propósito de ampliar nuestro criterio sobre la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal, más propiamente sobre la **detención preventiva**; pero en el entendido de que su aplicación, no significa de ninguna manera la vulneración de derechos, simplemente la ley faculta al juzgador a evaluar los hechos para aplicar dichas medidas, con la finalidad de que la investigación se desarrolle dentro del marco de la legalidad.

Nº 1
SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1689/2005-R
Sucre, 19 de diciembre de 2005

Expediente: 2005-11728-24-RAC
Distrito: Santa Cruz
Magistrado Relator: Dr. Felipe Tredinnick Abasto

En revisión, la Sentencia de 12 de mayo de 2005, cursante de fs. 74 a 75, pronunciada por la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, dentro del recurso de amparo constitucional interpuesto por Juan Condori Choque contra Williams Escalante Cabrera, Juez Instructor Mixto de San Julián, provincia Ñuflo Chávez y Jacinto Morón Sánchez, Teresa Vera de Gil y Teresa Lourdes Ardaya Pérez, Vocales de la Sala Penal Primera de dicha Corte, alegando la vulneración de sus derecho a la seguridad jurídica, a la defensa, al trabajo y la garantía del debido proceso, previstos en los arts. 7 inc. a, d), 16.II y IV de la Constitución Política del Estado (CPE).

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

I.1.1. Hechos que motivan el recurso

En la demanda presentada el 4 de mayo de 2005 (fs. 53 a 54 vta.), el recurrente aduce que dentro del proceso de investigación que por el delito de abuso deshonesto le imputa el Ministerio Público a instancia de Eusebio Trujillo, el Juez Mixto de San Julian, Williams Escalante Cabrera, dispuso su detención preventiva en el recinto policial, lo que le obligó a pedir la sustitución de dicha medida acompañando la prueba pertinente que demuestra que tiene domicilio, trabajo, familia y otros extremos que demuestran que se someterá al proceso y que no obstaculizará su averiguación, así como su solvencia moral como profesor rural de profesión.

Señala que sin embargo, el Juez referido al concederle su libertad mediante Auto de 19 de noviembre de 2004, le restringió su derecho al trabajo al prohibirle que concurra al establecimiento educativo donde desempeña sus funciones mientras dure la investigación, Resolución que fue confirmada en el recurso de apelación interpuesto ante la Sala Penal Primera, sin considerar que esa fuente de trabajo constituye el sustento de su familia y suyo.

I.1.2. Derechos y garantías supuestamente vulnerados

El actor estima que se han vulnerado sus derecho a la seguridad jurídica, al trabajo, defensa y la garantía del debido proceso previstos en los arts. 7 incs. a y d) y 16.II y IV de la CPE.

I.1.3. Autoridades recurridas y petitorio

De acuerdo a lo relatado, plantea recurso de amparo constitucional Williams Escalante Cabrera, Juez Instructor Mixto de San Julián, provincia Ñuflo Chávez y Jacinto Morón Sánchez, Teresa Vera de Gil y Teresa Lourdes Ardaya Pérez, Vocales de la Sala Penal Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, solicitando sea declarado procedente y se levante la irrita prohibición de concurrir al establecimiento educativo donde trabaja.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de amparo constitucional

En la audiencia pública celebrada el 12 de mayo de 2005, cuya acta corre de fs. 70 a 74, se suscitaron las siguientes actuaciones:

I.2.1. Ratificación del recurso

El recurrente por intermedio de su abogado ratificó su demanda añadiendo lo siguiente: que la medida de no concurrir al establecimiento educativo donde trabaja atenta contra sus más premiosas necesidades de sustento, por lo que pide se levante dicha medida.

I.2.2. Informe de las autoridades recurridas

El Juez recurrido informó por escrito que cursa a fs. 69 lo siguiente: a) en base a denuncia presentada por padres de familia y la Defensoría de la Niñez, se sigue el proceso de investigación contra el imputado Juan Condori Choque, por el supuesto delito de abuso deshonesto, ya que en su condición de profesor de tercero básico habría estado cometiendo una serie de actos libidinosos bajo amenazas y presión física y psicológica contra sus alumnas llevándolas a su casa; b) al existir suficientes elementos para sostener que el imputado es con probabilidad autor o partícipe del hecho que se le imputa y que existe el peligro de fuga y de obstaculización, ordenó su detención preventiva; c) posteriormente a solicitud de parte se dispuso su libertad imponiéndole medidas sustitutivas a la detención, entre las que se encuentra la prohibición de asistir al establecimiento educativo mientras dure la investigación, con la finalidad de evitar que el mismo influya negativamente en las alumnas que estudian en el mismo, cuyo Auto fue apelado por el recurrente ante la Sala Penal Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz; d) en ningún momento afectó su derecho al trabajo, a la defensa, menos la garantía del debido proceso, pues no lo destituyó de su fuente de trabajo, aspecto que es atribución de la Dirección Distrital de

Educación; y e) el recurrente no fundamentó los actos que atentan el debido proceso por lo que no cabe pronunciamiento al respecto.

Los Vocales recurridos no se presentaron en audiencia, ni emitieron informe escrito alguno.

I.2.3. Intervención del tercero interesado

Presente en audiencia el tercero interesado por intermedio de su abogado refirió lo siguiente: i) el recurrente no ha demostrado que las autoridades recurridas hubieran cometido actos ilegales ni omisiones indebidas que hagan procedente el recurso de amparo; y ii) el recurrente puede acudir a la Institución educativa y solicitar sus reclamos en esa instancia, pues no corresponde al Juez de la causa resolver ese extremo.

I.2.4. Resolución

La Sentencia de 12 de mayo de 2005, cursante de fs. 74 a 75, pronunciada por la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, declaró improcedente el recurso, bajo estos fundamentos: a) cuando no se dispone la detención preventiva se impone medidas sustitutivas a la detención como ocurrió en el caso; y b) tratándose de una denuncia sobre la comisión de un delito de gravedad donde se encuentran involucradas menores de edad, que son alumnas del establecimiento educativo donde trabaja el recurrente, la determinación tomada por el Juez cautelar de evitar el contacto del sindicado con las alumnas víctimas es atinente, por lo que las autoridades recurridas no han vulnerado derecho alguno del recurrente.

II. CONCLUSIONES

Hecha la debida revisión y compulsas de los antecedentes, se llega a las conclusiones que se señalan seguidamente:

II.1. Dentro del proceso de investigación seguido por el Ministerio Público a denuncia de Eusebio Trujillo Morales contra Juan Condori Choque, por la supuesta comisión del delito de abuso deshonesto a una menor edad, protagonizado en el núcleo escolar 45, el Fiscal Hugo Chávez Aguilar puso en conocimiento del Juez de Instrucción en lo Penal cautelar, Williams Gerardo Escalante Cabrera, el inicio de las investigaciones e imputó formalmente por dicho delito el 12 de noviembre de 2004 (fs. 10 a 12).

II.2. El 12 de noviembre el Juez de Instrucción en lo Penal, en la audiencia cautelar, dispuso la detención preventiva del imputado (fs. 13 a 16) argumentando que de ese modo se garantizaría la presencia del imputado durante la investigación.

II.3. Por Auto de 19 de noviembre de 2004, el Juez recurrido dispuso la cesación de la detención preventiva del recurrente, imponiéndole medidas sustitutivas a la detención entre las que se encuentran la prohibición de acercamiento con los denunciados o con las niñas afectadas del Colegio y la de concurrir al establecimiento educativo mientras dure la investigación (fs. 19 a 44).

II.4. Apelada la Resolución que le impone medidas sustitutivas a la detención preventiva (fs. 50), los Vocales de la Sala Penal Primera compuesta por los Vocales correcurridos, confirmó en todas sus partes el Auto apelado con el argumento que el Juez obró correctamente al imponerle dichas medidas (fs. 5 y 6).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El recurrente arguye que el Juez y los Vocales correcurridos vulneraron sus derechos a la seguridad jurídica, al trabajo, la defensa y la garantía del debido proceso, el primero al imponerle como medidas sustitutivas a la detención la prohibición de concurrir al establecimiento educativo

donde trabaja y lo segundos al confirmar dicha determinación. En ese sentido corresponde, en revisión, analizar si en la especie se debe otorgar la tutela pretendida.

III.1.El art. 240 incs. 4) y 5) del Código de procedimiento penal (CPP), dispone que cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal mediante resolución fundamentada, puede disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas, entre otras la prohibición de concurrir a determinados lugares y de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte su derecho de defensa. Estas medidas tienen por finalidad que el sindicado no influya en las víctimas ni distorsione las pruebas obtenidas, por ello le faculta al Juez su imposición cuando considere necesario que la investigación se desarrolle sin influencia de las partes.

III.2.El Juez recurrido le impuso al recurrente la prohibición de concurrir al establecimiento educativo donde se produjeron los supuestos actos delictivos, que en los hechos, es el lugar donde trabaja; así como de ponerse en contacto con las alumnas afectadas por el acto ilícito, con la finalidad que el recurrente no influya en las víctimas menores, que son estudiantes del establecimiento educativo donde presta sus servicios, toda vez que en su condición de profesor del mismo puede distorsionar con su sola presencia el curso de la investigación, por ello la ley para casos como el presente, faculta al Juzgador evaluar los hechos para en su caso aplicar las medidas sustitutivas a la detención que se adecuen a cada caso, con la finalidad de que la investigación se desarrolle dentro del marco de la legalidad. En ese sentido, el Juzgador al imponerle tales medidas al recurrente ha obrado conforme a la norma citada, lo que no implica de ninguna manera la vulneración de los derechos que invoca, dado que el impetrante en resguardo de los mismos puede acudir a las autoridades educativas, quienes determinarán lo que por ley corresponda, aspecto que no puede ser considerado ni resuelto por el Juez recurrido.

En cuanto a los Vocales correcurridos, que confirmaron la Resolución emitida, al igual que el Juez a quo, actuaron por mandato del señalado art. 240 incs. 4) y 5) del CPP, puesto que esa prohibición, como se dijo anteriormente, tiene la única finalidad de contribuir a que el proceso de investigación se desarrolle dentro del marco de la legalidad, sin que la determinación cuestionada por el actor afecte los derechos invocados en el recurso, dado que las supuestas víctimas son menores de edad que estudian en el establecimiento educativo, objeto de la prohibición; en tales situaciones la ley autoriza al juzgador para que evalúe situaciones como ésta y aplique las medidas sustitutivas a la detención que más convenga para la averiguación de la verdad de los hechos y sin que esa decisión constituya una infracción al principio de presunción de inocencia, por el contrario, ello contribuye a su sostenimiento cierto y efectivo.

Por consiguiente no es procedente el recurso de amparo, cuando del análisis de los hechos atribuidos a las autoridades recurridas, se evidencia que estas obraron conforme a las normas previstas y aplicables al caso, puesto que éste recurso está instituido contra los actos ilegales y las omisiones indebidas, lo no ocurre en el caso presente en el que los recurridos adecuaron sus actos a lo previsto por el citado art. 240 incs. 4) y 5) del CPP, lo que de ninguna manera puede ser considerado ilegal ni una omisión indebida, sino el ejercicio de una facultad conferida por ley, que debe ser acatada por el recurrente con la finalidad de no obstaculizar el proceso investigativo, ante lo cual, como se dijo precedentemente, puede acudir ante las autoridades correspondientes en resguardo de los derechos que considera afectados.

De todo lo expuesto, se concluye que la Corte de amparo, al haber declarado improcedente el recurso ha evaluado correctamente los datos del proceso y las normas aplicables al mismo.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 19.V, 120.^a CPE; 7 inc. 8) y 102.V de la LTC, con los fundamentos expuestos APRUEBA la Sentencia de

12 de mayo de 2005, cursante de fs. 74 a 75, pronunciada por la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz. Sin lugar a costas ni multa por ser excusable.

Regístrese, hágase saber y publíquese en la Gaceta Constitucional.
No interviene la Decana Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, por encontrarse en uso de su vacación anual.

Dr. Willman Ruperto Durán Ribera
PRESIDENTE
Dr. José Antonio Rivera Santivañez
MAGISTRADO
Dra. Martha Rojas Álvarez
MAGISTRADA
Dr. Artemio Arias Romano
MAGISTRADO
Dr. Felipe Tredinnick Abasto
MAGISTRADO

Nº 2

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0596/2006-R

Sucre, 21 de junio de 2006

Expediente: 2006-13890-28-RHC
Distrito: La Paz
Magistrado Relator: Dr. Walter Raña Arana

En revisión la Sentencia 23/2006, de 10 de mayo, cursante de fs. 96 a 97 vta., pronunciada por la Sala Penal Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, dentro del recurso de hábeas corpus interpuesto por Andrés Justiniano Correa Ibarra contra Jorge Torres Antezana y Angel Aruquipa Chui, Presidente y Vocal de la Sala Penal Primera de esa Corte, Roger Valverde Pérez, Juez Octavo de Instrucción en lo Penal y Fernando Ganam Cortéz, Fiscal de Materia, alegando la vulneración de sus derechos a la libertad, a la seguridad jurídica, a la presunción de inocencia y a la defensa, consagrados en los arts. 6.II, 7 inc. a) y 16.I y II de la Constitución Política del Estado (CPE).

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

I.1.1. Hechos que motivan el recurso

Por memorial presentado el 9 de mayo de 2006, cursante de fs. 80 a 84 vta., el recurrente, Andrés Justiniano Correa Ibarra, expresa que sin que concurren los requisitos señalados en los arts. 227 y 296 del Código de procedimiento penal (CPP), el capitán Beyer procedió a su arresto basándose en una inexistente denuncia del asesor legal del Banco, en momentos en que por tercera vez se apersonó a la institución crediticia a cobrar la papeleta de pago de su poder conferente Félix Rosa Ruiz Toranzo, en mérito a un poder en cuya elaboración no participó.

El argumento que más se esgrime en todas las actuaciones es el hecho de que habría sido sorprendido en flagrancia, por lo que es preciso señalar, por un lado, que en la imputación se le sindicó la comisión de los delitos de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado, y hasta el

momento nunca se probó que el documento fuera falso y por tanto, no se puede hablar de flagrancia de uso de instrumento falsificado, al margen que a él no se le encontró intentando falsificar, falsificando o huyendo luego de falsificar, lo que también destruye cualquier argumento de flagrancia del delito de falsificación ideológica.

Después de su aprehensión y la disposición del Fiscal de aprehenderlo, a petición verbal del investigador, el Notario querellante emitió un certificado, que afirma que el poder es falso e incluso tipifica el delito como falsificación ideológica y material; documento obtenido ilegalmente ya que es el mismo querellante que actúa de juez y parte, cuando lo mínimo que se requiere para sustentar una falsedad es pedir un examen pericial del instrumento falsificado, por consiguiente, en este caso no existen suficientes elementos de convicción sobre la autoría de los hechos, violándose los arts. 13 y 17 del CPP.

En cuanto a la orden de aprehensión, deben existir como requisitos para esa medida el incumplimiento a una citación, que el delito investigado sea de orden público con un mínimo legal de dos o más años, peligro de fuga u obstaculización, o flagrancia; supuestos que no concurren, ya que él jamás fue citado, el delito que se le investiga tiene un mínimo legal de un año, no existe peligro de fuga ni obstaculización, menos flagrancia, por tanto el Fiscal recurrido no debió haber dispuesto su aprehensión en mérito a los extremos señalados, máxime si no hizo la debida fundamentación exigida por el art. 73 del CPP; norma que también ha vulnerado. Por último, el Fiscal recurrido ni siquiera emitió el mandamiento de aprehensión ni tampoco al ejecutar esa medida se levantó un acta de la misma, lo que igualmente vulnera el art. 9 de la CPE que ordena la existencia de un mandamiento para cumplir cualquier aprehensión o detención.

Por otro lado, a tiempo de resolver las medidas cautelares, hizo el reclamo y observación sobre las irregularidades de su aprehensión, de las que el Juez cautelar recurrido jamás hizo ninguna evaluación, sino que se limitó a indicar que debía considerarse los aspectos del art. 233 del CPP, no constando siquiera los reclamos y argumentos de las partes en el acta de audiencia de medidas cautelares, la cual viene a ser un resumen mal elaborado de ese actuado judicial.

En alzada, los vocales recurridos incurrieron en el mismo error al manifestar que el abogado no expuso argumentos valederos contra el Fallo recurrido para desvirtuar el peligro de fuga u obstaculización, no obstante que presentó certificados de nacimiento, acreditación de trabajo y domicilio; además, si bien reconocieron las irregularidades e infracciones en el aspecto legal y material de la detención, indicaron que no correspondía su valoración en ese recurso y confirmaron el Fallo recurrido, agravando los derechos que le asisten. Así, los vocales recurridos vulneraron el marco normativo y la jurisprudencia constitucional, al no haber comprendido que no les está permitido convalidar actos que vulneren derechos, sino que tienen el deber de pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la aprehensión y si ésta fuera ilegal, corresponderá al Juez cautelar controlar la investigación y proteger las garantías en la etapa investigativa, más aún si fueron reclamadas en ambas instancias, conforme a la SC 0957/2004, de 17 de junio.

Por lo expuesto, plantea el presente recurso.

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

Señala como vulnerados sus derechos a la libertad, a la seguridad jurídica, a la presunción de inocencia y a la defensa, consagrados en los arts. 6.II, 7 inc. a) y 16.I y II de la CPE.

I.1.3. Autoridades recurridas y petitorio

Con esos antecedentes plantea recurso de hábeas corpus contra Jorge Torres Antezana y Ángel Aruquipa Chui, Presidente y Vocal de la Sala Penal Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, Roger Valverde Pérez, Juez Octavo de Instrucción en lo Penal cautelar y

Fernando Ganam Cortéz, Fiscal de Materia; en consecuencia, pide se declare procedente el recurso y se disponga su inmediata libertad, con costas.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de hábeas corpus

La audiencia se realizó el 10 de mayo de 2006 (fs. 92 a 97 vta.), ocurriendo lo siguiente:

I.2.1. Ratificación y ampliación del recurso

El abogado del recurrente expresó que el 27 de febrero de 2006, se produjo el arresto de su cliente por un funcionario del Banco, el Capitán Sergio Gómez Beyer, sin cumplir los requisitos del art. 125 del CPP, ni leerle sus derechos constitucionales, para luego conducirlo a la Policía Técnica Judicial (PTJ) y el 27 de marzo del año en curso, ser puesto a consideración del fiscal, quien presentó la imputación por flagrancia del hecho y dispuso su aprehensión sin ninguna fundamentación. En mérito a esa supuesta flagrancia el Juez cautelar recurrido ordenó su detención preventiva, no obstante haberse presentado la documentación pertinente como el certificado de trabajo, papeleta de pago, certificado de nacimiento porque él tiene familia, y certificado de luz y agua, reiterando en lo demás los fundamentos del recurso.

I.2.2. Informe de las autoridades recurridas

El Fiscal de Materia correcurrido, Elías Fernando Ganam Cortéz informó a fs. 88 que en suplencia legal conoció la acción directa de arresto del recurrente, al tratarse de un hecho flagrante ya que el actor haciendo uso del testimonio de poder 132/2006 otorgado en su favor supuestamente por Félix Rosa Ruiz Toranzo, pretendió cobrar los haberes mensuales de éste en el Banco Mercantil, momento en que fue arrestado y como los hechos descritos se tipifican como uso de instrumento falsificado y falsedad material, hacen viable la aprehensión prevista por el art. 226 del CPP, por lo que así lo dispuso y fue remitido ante el Juez cautelar dentro de las veinticuatro horas, habiendo posteriormente esa autoridad asignado el caso al fiscal de Materia Raúl Peñaloza, quien efectuó la imputación formal con la solicitud de aplicación de medidas cautelares de carácter personal con el resultado que se conoce. Por lo señalado, actuó dentro de los parámetros y lineamientos señalados por la Constitución Política del Estado y las leyes correspondientes.

El Juez Octavo de Instrucción en lo Penal correcurrido, Roger Valverde Pérez, informó a fs. 89 que el 29 de marzo del año en curso, a través de la Resolución 129/2006 dispuso la detención preventiva del recurrente en cumplimiento a lo previsto por ley, sin que sea evidente que no se hubiera pronunciado sobre la aprehensión del actor ya que en la Resolución mencionada, en el punto uno señaló con precisión que se trataba de un delito flagrante conforme lo determina el art. 230 del CPP; aspecto sustentado en el informe de acción directa, ya que en poder del imputado y ahora recurrente se encontró el documento incriminado momentos antes de que pretendiera cobrar una boleta de pago. En esa circunstancia, el policía o cualquier persona podía aprehender al presunto autor del hecho delictivo conforme al art. 10 de la CPE. Esa Resolución fue confirmada en apelación.

El Vocal correcurrido, Ángel Aruquipa Chui, presentó su informe escrito de fs. 90 a 91, expresando que la Resolución 129/06, de 29 de marzo de 2006 pronunciada por el Juez correcurrido, la conocieron en apelación y la confirmaron mediante Auto de Vista 277/2006, toda vez que el abogado de la defensa no acreditó en forma fehaciente nuevos elementos que desvirtúen el peligro de fuga y de obstaculización. En el caso presente, el recurrente tiene la vía expedita para acudir ante el juzgado de origen y solicitar la modificación del auto de medidas cautelares en estricta observancia del art. 250 del CPP. Por último hizo constar que las autoridades jurisdiccionales deben garantizar la presencia de los imputados en todas las etapas de la investigación y el juicio oral, con la finalidad de evitar que el encausado evada el accionar de la justicia. Por lo expuesto y al no haber quebrantado garantías constitucionales, pidió la improcedencia del recurso, a la par

que hizo constar que el correcurrido Gerardo Torrez Antezana, Presidente de la Sala Penal Primera, se encuentra haciendo uso de su vacación anual.

I.2.3. Resolución

La Sentencia 23/2006 de 10 de mayo (fs. 96 a 97 vta.), resolvió declarar improcedente el recurso, con los siguientes fundamentos: a) en virtud de la imputación formal presentada por el Ministerio Público contra el recurrente, el 27 de marzo de 2006, el capitán Gómez Beyer procedió a su arresto en cumplimiento de sus obligaciones, conforme a los arts. 10 de la CPE y 230 del CPP que permiten la detención en flagrancia, por lo que este recurso, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, debió dirigirse contra esa autoridad policial que fue quien incurrió en la privación de libertad del actor; b) este Tribunal carece de competencia para conocer y resolver sobre fallos, sentencias, autos y otras resoluciones que dicta el Poder Judicial a través de sus jueces y magistrados. En la especie, la detención preventiva del actor es la consecuencia de la tramitación de una causa a imputación formal del Ministerio Público, consiguientemente, no se puede hablar de un indebido proceso toda vez que desde el momento de su detención arresto y detención preventiva, el recurrente ejerció su derecho a la defensa.

II. CONCLUSIONES

Del análisis del expediente y de las pruebas aportadas, se concluye lo siguiente:

II.1. El 27 de marzo de 2006:

- Se emitió el informe de intervención policial preventiva, acción directa (fs. 5 y vta.), en el que consta que el capitán Freddy Sergio Gómez Beyer, a denuncia del Dr. Sergio Rocha de asesoría legal del Banco Mercantil, procedió al arresto del recurrente Andrés Correa Ibarra a horas 14:42 del 27 de marzo de 2006.

- El Fiscal de Materia correcurrido, Fernando Ganam Cortéz requirió el inicio de la etapa preliminar de la investigación debiendo darse el correspondiente aviso al órgano jurisdiccional; asimismo, dispuso la aprehensión del recurrente en mérito a la flagrancia, y que sea puesto a disposición del órgano jurisdiccional en el término de ley (fs. 5 vta.).

- Juan Laura Chique, Notario de Fe Pública de primera clase certificó (fs. 11) que revisados los protocolos notariales a su cargo, no existe el número de poder 132/2005 de 21 de marzo, otorgado supuestamente por Félix Ruiz Toranzo a favor del recurrente, al margen que comprobó que el sello redondo y el pie de firma no corresponde a los originales que cursan en su notaría, además de haberse procedido a falsificar sus firmas y rúbricas en el supuesto poder, desprendiéndose la existencia de los delitos de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado y de sellos notariales.

II.2. El 28 de marzo de 2006:

- El notario Juan Laura Chique sentó denuncia por la comisión de los delitos de falsedad material, falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado y falsificación de sellos, hasta llegar con los autores intelectuales y materiales (fs. 13).

- El recurrente prestó su declaración informativa policial (fs. 14 y vta.).

- El Fiscal de Materia correcurrido emitió la imputación formal 33/06, de 28 de marzo (fs. 18 a 19), contra el recurrente por existir en su contra suficientes indicios de culpabilidad y ser con probabilidad autor y partícipe de los delitos de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado,

pidiendo su detención preventiva, al existir además peligro de fuga y obstaculización en la averiguación histórica de los hechos.

- Juan Laura Chique formalizó querrela criminal contra el recurrente y otros (fs. 20 a 21).

II.3.El Juez correcurrido dispuso la detención preventiva del imputado y ahora recurrente por Auto Interlocutorio de 29 de marzo de 2006 (fs. 22 a 23), contra el que el recurrente planteó recurso de apelación (fs. 26 a 27).

II.4.Mediante Resolución 277/06, de 24 de abril (fs. 1 y vta.), la Sala Penal Primera compuesta por los vocales correcurridos, confirmó la Resolución del inferior.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El recurrente alega la vulneración de su derecho a la libertad, a la seguridad jurídica, a la presunción de inocencia y a la defensa, porque: a) el Fiscal de Materia recurrido ordenó su aprehensión sin que concurren los requisitos para adoptar esa medida y sin la debida fundamentación exigida por el art. 73 del CPP, al margen que tampoco emitió el mandamiento de aprehensión ni tampoco al ejecutar la medida se levantó un acta de la misma, vulnerando el art. 9 de la CPE; b) el Juez cautelar recurrido no hizo ninguna evaluación sobre las irregularidades de su aprehensión, sino que se limitó a indicar que debía considerarse los aspectos del art. 233 del CPP; c) Los vocales recurridos en apelación además de manifestar que el abogado no expuso argumentos valederos contra el Fallo recurrido para desvirtuar el peligro de fuga u obstaculización, indicaron que las irregularidades en su detención no podían ser valoradas en ese recurso, confirmando el Fallo del inferior, de esa manera, convalidaron actos ilegales al no pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la aprehensión, más aún si fue reclamada en ambas instancias. Consiguientemente, corresponde analizar si los hechos reclamados se encuentran dentro del ámbito de protección que otorga el art. 18 de la CPE.

III.1.Como señala la SC 1658/2005-R, de 19 de diciembre, la naturaleza informalista del hábeas corpus no exime a la parte recurrente de su obligación de demostrar con prueba documental las lesiones denunciadas que vulneraron sus derechos tutelados por este recurso, "exigencia que concuerda plenamente con el orden jurídico constitucional, pues pretender que la jurisdicción constitucional otorgue tutela sólo en base a las expresiones escritas o verbales de la parte recurrente, implicaría contravenir dicho orden, pues daría lugar a lesiones de los derechos de la parte recurrida que por ser tal, no está excluida de gozar de la protección de sus derechos, es así, que sólo en determinados casos puede ser posible conceder la tutela a través de este recurso sin que el recurrente hubiese acompañado prueba suficiente siempre que del informe presentado por la autoridad recurrida, se tenga la certeza de la existencia de la lesión, de manera que cuando no existe la misma ya sea por la falta absoluta de prueba o porque la presentada es insuficiente, la tutela debe ser negada, pues esta jurisdicción no puede realizar diligencias para salvar la negligencia de la parte recurrente en cuanto a su aporte de prueba, más aún cuando se advierte que la misma no se encuentra en imposibilidad material de obtenerla de las autoridades competentes y obligados a otorgarla, situación que es de fácil verificación cuando se aporta parte de la prueba y no la suficiente, dado que ello deja inferir que no ha existido imposibilidad sino negligencia, la cual como se señaló no puede ser salvada por esta jurisdicción".

Por otra parte, a partir de la SC 160/2005-R, de 23 de febrero, este Tribunal estableció la subsidiariedad excepcional del recurso de hábeas corpus para casos en los que se advierta que la parte recurrente, tiene un medio inmediato y expedito para hacer valer sus derechos bajo protección de este recurso ante la misma autoridad que los lesionó o ante los superiores en grado a ésta; consiguientemente, cuando se advierte en los casos concretos a resolver a través de este recurso la existencia de dichos medios o recursos, el hábeas corpus debe ser declarado improcedente, tal es el caso de las actuaciones del Ministerio Público y de la Policía Nacional en la

etapa preparatoria, que al estar bajo control jurisdiccional, cualquier supuesta lesión o vulneración a derechos fundamentales cometida por estas autoridades, debe ser denunciada y reclamada ante el Juez cautelar, y recién agotada esa vía, si no se logra la tutela solicitada, se podrá demandar de hábeas corpus.

III.2. En la problemática planteada, es aplicable la jurisprudencia antes glosada, dado que el recurrente refiere que presentó sus reclamos sobre las irregularidades cometidas en su aprehensión por el Fiscal recurrido ante el Juez cautelar y en apelación, ante los vocales recurridos, sin embargo, esos extremos no están debidamente acreditados en los antecedentes presentados, pues se omitió presentar el acta de la audiencia de medidas cautelares y el acta de la audiencia en la que se resolvió el recurso de apelación; por consiguiente, no existe prueba suficiente para determinar si agotó o no esa vía, pues sólo en caso de haberla agotado podría abrirse la competencia de este Tribunal para analizar el fondo del recurso. Por lo expuesto, la mencionada falta de prueba hace inviable el hábeas corpus planteado, ya que no existe una documentación que pueda crear una firme y suficiente convicción en este Tribunal a fin de fallar sin dubitaciones en un marco estricto de justicia y equidad, correspondiendo por ello negar la tutela solicitada, sin que esa decisión constituya un formulismo exagerado en el caso concreto, porque bien pudo el actor presentar la prueba faltante en el recurso, en la audiencia de habeas corpus, ya que podía ser recabada sin objeción, dejadez que no puede ser salvada por este Tribunal.

De lo expuesto, se concluye que el Tribunal de hábeas corpus al haber declarado improcedente el recurso, aunque con otros fundamentos, hizo una correcta evaluación de los alcances del art. 18 de la CPE.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 18.III, 120.7ª de la CPE, arts. 7 inc. 8) y 93 de la Ley del Tribunal Constitucional, resuelve: APROBAR la Resolución 23/2006, de 10 de mayo, cursante de fs. 96 a 97 vta., pronunciada por la Sala Penal Tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

Fdo. Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas

PRESIDENTA

Fdo. Dra. Martha Rojas Álvarez

DECANA

Fdo. Dr. Artemio Arias Romano

MAGISTRADO

Fdo. Dra. Silvia Salame Farjat

MAGISTRADA

Fdo. Dr. Walter Raña Arana

MAGISTRADO