

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARRERA DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS



TESIS DE GRADO

“Medidas Cautelares de Carácter Personal y la Lógica de Presunción de Inocencia”

(Tesis para optar el grado licenciatura en derecho)

Postulante: Ronald Angel Soliz Lima.

Tutor: Dr. Oswaldo Zegarra Fernández.

La Paz – Bolivia

2012

Dedicatoria

El presente trabajo de investigación, va dedicado con mucho cariño y aprecio a mi mamá, papá y hermano, quienes me apoyaron demasiado durante mi transcurso en la Universidad y siempre creyeron en mi persona dándome así la inspiración para llegar a ser un gran profesional.

Agradecimientos

Mi agradecimiento al Dr. Oswaldo Zegarra Fernandez, por su orientación y dirección en la elaboración de la presente Tesis de Grado, así como al Dr. Roger Valverde Pérez, quien fue una inspiración en la manera de cómo administraba justicia y quien hizo que nazca en mi la pasión por el derecho penal; por último a todos los Docentes de la Facultad de Derecho, de Nuestra Universidad Mayor de San Andrés, Alma Mater en la formación de los profesionales del Derecho que contribuyen al desarrollo de nuestro país.

Desde un punto de vista teórico resulta difícil una justificación de las medidas cautelares de carácter personal y más aun de la detención preventiva, ya que el mismo constituye de hecho y a los efectos reales una imposición punitiva previa a la sentencia, lo que hace cuestionable el título de tal coerción que choca notoriamente con el estado jurídico de inocencia.

Desde la Revolución Francesa se advierte una relativa humanización de las penas y aparece el estado jurídico de la presunción de inocencia de todo encausado, presunción que es un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 11 señala que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a ley y juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa; esta garantía está contenida en el Art. 116 de nuestra carta magna, así como en el Art. 6 del CPP.

Las medidas cautelares en general, bien podrían denominarse medidas provisionales restrictivas y de aseguramiento del imputado, y que tienden a prevenir la consecución de un determinado fin o precaver lo que pudiera dificultarlo; las medidas cautelares de carácter personal son instrumentos procesales que se imponen durante el curso de un proceso penal, son cautelares porque tienden a evitar los riesgos procesales de fuga y obstaculización del proceso y buscan asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena.

Conforme a esto, las medidas cautelares personales, vienen a romper la lógica general de la presunción de inocencia, responden al principio de necesidad, requieren para que sean conforme a derecho, la concurrencia de dos supuestos: 1) el supuesto material,

que tiene relación con la existencia de una imputación suficientemente respaldada en elementos de juicio que permitan pronosticar; y 2) la necesidad de cautela, esto es, que se justifique la necesidad de adoptar medidas de coerción, destinadas a evitar que el imputado realice actos que puedan impedir la realización del juicio o la aplicación de la sentencia.

La Detención Preventiva resulta justificable en la medida en que es necesaria, para llevar adelante el proceso y para asegurar el cumplimiento que se tome en sentencia.

“MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL Y LA LÓGICA DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”

<u>Índice</u>	Pág.
Dedicatoria	I
Agradecimiento	II
Resumen o abstract	III-IV
DISEÑO DE LA INVESTIGACION	11
1. ENUNCIADO DEL TEMA DE TESIS	12
2. IDENTIFICACION DEL PROBLEMA	12
3. PROBLEMATIZACION DEL TEMA DE TESIS	12
4. DELIMITACION DEL TEMA DE TESIS	13
4.1. DELIITACION TEMATICA	13
4.2. DELIMITACION TEMPORAL	13
4.3. DELIMITACION ESPACIAL	13
FUNDAMENTACION E IMPORTANCIA DEL TEMA DE TESIS	13
6. OBJETIVOS DEL TEMA DE LA TESIS	14
6.1. OBJETIVO GENERAL	14
6.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	14
7. MARCO DE REFERENCIA	15
7.1. MARCO HISTORICO	15
7.2. MARCO TEORICO	17
7.3. MARCO CONCEPTUAL	17

7.4. MARCO JURIDICO	23
8. HIPOTESIS DE TRABAJO	23
8.4. VARIABLES	23
8.1.1. INDEPENDIENTE	1
8.1.2. DEPENDIENTE	13
8.2. UNIDADES DE ANALISIS	13
8.3. NEXO LOGICO	13
9. METODOS Y TECNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS	13
10. TECNICAS A UTILIZARSE EN LA TESIS	14
DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA	
Introducción.	16
CAPITULO I.- EVOLUCION HISTORICA DEL PENSAMIENTO JURIDICO PENAL.	
1.- DERECHO PENAL DE LA ANTIGÜEDAD.	18
1.1.- PERIODO PRIMITIVO.	19
1.2.- PRIMERAS LIMITACIONES A LA VENGANZA.	21
1.2.1.- LA LEY DEL TALION.	21
1.3.- MOMENTO HISTORICO EN QUE EL ESTADO ASUME LA FUNCION PUNITIVA.	21
1.4.- DERECHO PENAL DEL MEDIOEVO.	22
1.4.1.- EL ENJUICIMIENTO INQUISITIVO.	23
1.5.- DERECHO PENAL DEL ILUMINISMO.	23
1.5.1.- DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO.	24
2.- SISTEMAS PENALES.	25
2.1.- ANTECEDENTES.	25
2.2.- SISTEMAS.	25

2.2.1.- SISTEMA ACUSATORIO.	26
2.2.2.- SISTEMA INQUISITIVO.	26
2.2.3.- SISTEMA ACUSATORIO FORMAL O MIXTO.	27
2.2.4.- SISTEMA ACUSATORIO GARANTISTA.	28
3.- EL DERECHO CONTINENTAL.	29
4.- EL DERECHO ANGLOSAJON.	30
4.1.- PRINCIPIOS BASICOS.	31
CAPITULOII.- EL DERECHO DE CASTIGAR Y LA GARANTIA DE PRESUNCION DE INOCENCIA.	
1.- TENDENCIAS DEL IUS PUNIENDI DEL ESTADO.	33
2.- FUNDAMENTO DEL IUS PUNIENDI ESTATAL.	33
3.- NATURALEZA DEL IUS PUNIENDI.	34
4.- EL TITULAR DEL IUS PUNIENDI.	35
5.- GARANTIAS CONSTITUCIONALES.	35
5.1.- CONCEPTOS.	36
5.2.- CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS.	37
6.- PRESUNCION DE INOCENCIA.	39
6.1.- INTRODUCCION.	39
6.2.- ORIGENES Y ANTECEDENTES HISTORICOS.	41
6.3.- PRESUNCION DE INOCENCIA COMO GARANTIA PROCESAL Y SU IMPORTANCIA.	43
6.3.1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.	43
6.3.2.- LA GARANTIA COMO DERECHO DE GRADA CONSTITUCIONAL.	44
6.4.- PRESUNCION DE INOCENCIA CONCEPTO.	46
6.5.- LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO DE DUDA.	48
6.6.- LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y LA CARGA PROBATORIA.	49

6.7.- LA PROBLEMÁTICA CON EL INSTITUTO DE LA DETENCION PREVENTIVA.	50
7.- GARANTIA DEL JUICIO PREVIO.	51
8.- LOS TRATADOS INTERNACIONALES.	53
8.1.- CONCEPTO.	53
8.2.- CLASIFICACION.	54
8.3.- FORMA.	54
8.4.- LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.	56
8.4.1.- LA CARTA DE SAN FRANCISCO.	57
8.4.2.- DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.	57
8.4.3.- DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEBERES DEL HOMBRE.	59
8.4.4.- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.	60
8.4.5.- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.	61
CAPITULO III.- LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.	
1.- APROXIMACION AL TEMA.	64
2.- LAS MEDIDAS CAUTELARES.	65
2.1.- FINALIDAD.	66
2.2.- CLASES.	67
3. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.	68
4. LA MEDIDA CAUTELAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL JUICIO PREVIO Y PRESUNCION DE INOCENCIA.	73
4.1.- JUICIO PREVIO.	73
4.2.- EL PRINCIPIO DE INOCENCIA Y LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL.	78
5.- MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL.	81

6.- PROBABILIDAD DE LA AUTORIA.	88
7.- RIESGOS PROCESALES DE FUGA Y OBSTACULIZACION.	88
8.- CESACION DE LA DETENCION PREVENTIVA.	94
9.- MEDIDAS SUSTITUTIVAS.	97
CAPITULO IV.- FUNDAMENTOS EMPIRICOS DE LA TESIS.	
1.- EL MUESTREO PROBABILÍSTICO.	99
1.1.- FÓRMULA PARA DETERMINAR LA MUESTRA.	99
2.- ANALISIS ESTADISTICO E INTERPRETACION DE LAS ENCUESTAS.	100
3.- ASPECTOS GENERALES DE LA MUESTRA.	101
3.1.- INTERPRETACION DE LAS ENCUESTAS.	104
4.- ANALISIS E INTERPRETACION DE LAS ENTREVISTAS.	111
5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	113
BIBLIOGRAFIA.	118
ANEXOS.	

DISEÑO DE LA INVESTIGACION

1.- ENUNCIADO DEL TEMA DE TESIS.

Medidas Cautelares de carácter personal y la lógica de presunción de inocencia.

2.- IDENTIFICACION DEL PROBLEMA.

Al analizar el principio de presunción de inocencia con respecto a la medida cautelar de detención preventiva, desde el punto de vista teórico resulta muy difícil una justificación, ya que la detención preventiva constituye una imposición punitiva antes de la sentencia lo que hace cuestionable tal coerción, si tenemos en cuenta que todo procesado debe ser tratado como inocente mientras no exista una sentencia condenatoria que demuestre el grado de culpabilidad del procesado, de ahí surge el problema si la medida cautelar de detención preventiva al ser impuesta antes de que se dicte sentencia viola o no la presunción de inocencia como garantía procesal consagrada en la Constitución Política del Estado.

3.- PROBLEMATIZACION DEL TEMA DE LA TESIS.

¿En qué consiste el principio de presunción de inocencia?

¿En qué casos se puede restringir el derecho a la libertad física de las personas?

¿Si todo imputado es considerado inocente en todo momento mientras no se declare su culpabilidad en sentencia condenatoria ejecutoriada, al disponer la autoridad jurisdiccional la detención preventiva como medida cautelar, se lesiona la presunción de inocencia consagrada en la Constitución Política del Estado?

¿El principio de presunción de inocencia, como estatus básico del imputado tiene una repercusión con la detención preventiva?

¿Cada imputado goza de un estado de inocencia durante el transcurso del proceso, en qué medida es compatible la detención preventiva con la Constitución Política del Estado?

¿De acuerdo con la presunción de inocencia, mientras no exista una sentencia ejecutoriada formal y material que establezca la responsabilidad penal, el procesado es considerado inocente, cual es la naturaleza de la medida cautelar de detención preventiva?

4.- DELIMITACION DEL TEMA DE TESIS.

4.1.- DELIMITACION TEMATICA.

La presente investigación tendrá como delimitación temática el principio de presunción de inocencia y la detención preventiva como Medida Cautelar de Carácter Personal, regulados por la Constitución Política del Estado, la Ley 1970, así como los Convenios y Tratados Internacionales vigentes.

4.2.- DELIMITACION TEMPORAL.

En cuanto al tiempo en que se analiza el objeto de estudio, la realización de la investigación será desde 4 de agosto de 2003 fecha en que entro en vigencia la Ley Nº 2494 de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, hasta la actualidad, con la Ley Nº 007 Ley de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, ya que desde que entro en vigencia Ley 2494 se innovo con los riesgos procesales de fuga y obstaculización como requisitos para la procedencia de la detención preventiva.

4.3.- DELIMITACION ESPACIAL.

Por mandato de la propia norma y la aplicación de las Medidas Cautelares de Carácter Personal es a nivel nacional, se ha delimitado geográficamente la realización del estudio a las ciudades del La Paz y El Alto, pertenecientes política y geográficamente al Departamento de La Paz del Estado Plurinacional de Bolivia, en razón de la realización del trabajo de campo, toda vez que en ambas urbes existen Juzgados de Instrucción en lo Penal y Tribunales de Sentencia donde se disponen la aplicación de la medida cautelar de la Detención Preventiva.

5.- FUNDAMENTACION E IMPORTANCIA DEL TEMA DE LA TESIS.

Desde un punto de vista teórico resulta difícil una justificación de las medidas cautelares de carácter personal y más aun de la detención preventiva, ya que el mismo constituye de hecho y a los efectos reales una imposición punitiva previa a la sentencia, lo que hace cuestionable el título de tal coerción que choca notoriamente con estado jurídico de inocencia.

De aquí la importancia de la problemática planteada, que resulta imprescindible establecer y precisar con la mayor claridad posible el principio de presunción de inocencia, con relación a la medida cautelar de detención preventiva, su régimen vigente y bajo qué criterios son compatibles con la Constitución Política del Estado, la labor hermenéutica que debe realizarse a través de una interpretación desde y conforme a la Constitución y así crear criterios certeros y poner al alcance de los estudiosos del derecho una información adecuada y no muy ampulosa bajo qué criterios se afecta la libertad de los procesados si se los considera inocentes mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada formal y material, así como de establecer si la medida cautelar de detención preventiva rompe el estado de presunción de inocencia.

6.- OBJETIVOS DEL TEMA DE LA TESIS.

6.1.- OBJETIVO GENERAL.

Determinar si la medida cautelar de detención preventiva rompe la lógica formal general de la presunción de inocencia.

6.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

Identificar en la Constitución Política del Estado en qué casos es posible restringir o privar el derecho a la libertad física de las personas.

Establecer si la medida cautelar de detención preventiva al ser una medida provisional restrictiva de la libertad lesiona la presunción de inocencia.

Analizar el principio de presunción de inocencia como garantía constitucional y determinar si la medida cautelar de detención preventiva responde a un principio de necesidad.

7.- MARCO DE REFERENCIA.

7.1.- MARCO HISTORICO.

El rechazo de la sociedad a las conductas dañosas a intereses individuales o colectivos es una constante que se encuentra presente en la historia de la humanidad que se expresa en la acción punitiva de la organización, es así que el derecho penal paso por diversas etapas y en su evolución se muestra el asentamiento de la autoridad del Estado con el denominado *Ius Punieni* o el derecho de castigar.

- **La venganza:** Parte de la reacción individual y social, partiendo del derecho de sancionar un daño sufrido que pasa por la venganza privada, la divina y la pública.
- **El talión:** Esta es la pena tasada ya que en la venganza se producían daños mayores a los sufridos, esta es conocida como la ley del talión, ojo por ojo y diente por diente.
- **La composición:** Consiste en la reconciliación basada en la reparación, evitando así pagar el daño con el mismo daño, es decir el arreglo entre partes mediante un sistema de pagos en moneda o especie.

A partir del momento histórico en que el estado asume para sí la función punitiva, expropiándola a los particulares, se articula un peculiar mecanismo realizativo, mayormente conocido como enjuiciamiento inquisitivo, cuyos orígenes se remontan a

la Alta Edad Media y su culminación se encuentra en los códigos de las Monarquías Absolutas del siglo XVII.

LA MONARQUÍA ABSOLUTA: Forma de gobierno donde el poder supremo reside en el Rey o príncipe soberano, de él salen las leyes y las formas de castigo contra lo que es considerado dañoso o criminal, donde la coerción penal tiene mayor efectividad ya que se cometen atrocidades, torturas, etc.... como ocurría con la Santa Inquisición donde era permitido castigos corpóreos y la tortura para lograr una confesión, de ahí el nombre del sistema inquisitivo.

Desde los tiempos de la inquisición, desde el momento del inicio de la actividad persecutoria, donde el imputado que en su condición de sospechado, se convertía en objeto procesal en los que el reo era un mero objeto de la implacable averiguación que tendía a obtener la confesión y para ello apelaba a la privación de la libertad, al confinamiento en condiciones de duro aislamiento, a la intimación y a la minuciosa y deliberada imposición de dolor a través del tormento legal.

LA REVOLUCIÓN FRANCESA: Luego de la crítica iluminista hacia las atrocidades de los castigos corporales y de los movimientos revolucionarios libertarios se advierte una relativa humanización de las penas, todo este movimiento cultural culmina con una de las revoluciones más serias como fue la francesa de 1789 que aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sentando los siguientes principales principios: de igualdad, legalidad, fraternidad y la de presunción de inocencia entre otros.

Es evidente que con esta revolución se dieron grandes avances en el proceso penal y que dentro de gran parte de los diseños procesales de los países adelantados la regla es de la libertad durante el proceso y la de la absoluta desclasificación de todas las medidas coactivas de índole aflictiva, así como de la obligación de aportar elementos de convicción para demostrar su inocencia o culpabilidad. En los países

latinoamericanos el instituto de la detención preventiva es considerado el modo por excelencia de la reacción penal, convirtiéndose de hecho en el sustituto de la pena o en una forma anticipada de la misma, generándose el fenómeno del preso sin condena.

7.2.- MARCO TEORICO.

Considerando que el denominado Ius Puniendi del Estado surge como consecuencia del ordenamiento positivo jurídico, el cual establece el catalogo de infracciones punibles, así como la coerción para frenar los actos que son considerados delictivos, en este cometido, conviene recordar que en el transcurso del desarrollo cultural de la humanidad, se han conformado de manera básica, dos tendencias para la aplicación concreta de la ley sustantiva y la diferencia entre ambas radica esencialmente en los fines que se persiguen.

Así la primera tendencia se preocupa en lograr mayor eficacia en la aplicación de la norma penal sustantiva, como medida político-criminal de lucha contra la delincuencia, persigue que se materialice la coerción penal estatal con la mayor efectividad posible, este modelo prioriza la eficacia de la acción penal estatal en desmedro del resguardo de los derechos y garantías individuales, esta tendencia guarda compatibilidad con el llamado sistema inquisitivo.

La segunda tendencia, en sentido inverso, busca prioritariamente dotar al proceso penal de un sistema de garantías en resguardo de los derechos individuales, impidiendo con ello el uso arbitrario o desmedido de la coerción penal, en esta tendencia se caracteriza el llamado proceso acusatorio.

De lo expresado, la aplicación pura de las dos tendencias, conduce a resultados insatisfactorios. Así, un modelo procesal penal que persiga la eficacia de la aplicación efectiva de la coerción penal en sacrificio de los derechos y garantías que resguardan la libertad y dignidad humana, solo es concebible en un Estado autoritario; del mismo modo, un modelo procesal de puras garantías convertiría a los preceptos penales en

meras conminaciones abstractas sin posibilidad real de aplicación concreta, dado que la hipertrofia de las garantías neutralizaría la eficacia razonable que todo modelo procesal debe tener. De ahí que surge una tercera tesis que propugna el equilibrio entre la búsqueda de la eficacia y la salvaguarda de los derechos y garantías, se constituye en la síntesis que busca cumplir eficazmente las tareas de defensa social, sin abdicar del resguardo de los derechos y garantías del imputado, bajo esta concepción político-criminal han sido configurados los más recientes códigos procesales dentro nuestro entorno, así como el nuestro donde en el Art. 6 se encuentra la presunción de inocencia, en el Art. 7, 221 en adelante, la aplicación de las medidas cautelares.

Considerando el ordenamiento jurídico positivo y el *ius puniendi* del Estado plurinacional de Bolivia que se encuentran regulados por la Constitución Política del Estado, que es la norma suprema fundamental del ordenamiento jurídico, misma que está conformada por un conjunto de normas y preceptos fundamentales de una sociedad política y jurídicamente organizada, la cual inserta un programa o plan de vida conforme al cual esa comunidad quiere y desea vivir y a la cual deben guardar sujeción las demás normas, el poder público y los ciudadanos. En las perspectivas de la constitución tenemos la dogmática y la orgánica, dentro la dogmática tenemos al conjunto de derechos y garantías individuales que el Estado debe cumplir y hacer cumplir.

Dentro la referida estructura lógica nos encontramos con el principio de inocencia establecido por el liberalismo democrático francés en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, este principio señala que se presume la inocencia del encausado, en nuestra Constitución Política del Estado la garantía se desprende del Art. 116 párrafo I que a la letra dice: *“Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado”*. De lo señalado por este artículo todo imputado se encuentra investido del estado jurídico de

inocencia durante todo el trámite o proceso judicial, ya que sin la demostración fehaciente, con grado de certeza un procesado es considerado inocente mientras no se demuestre su culpabilidad en sentencia condenatoria que adquiera calidad de cosa juzgada formal y material. Esto implica que únicamente la sentencia condenatoria firme es el instrumento idóneo capaz de vencer el estado de presunción de inocencia del procesado.

Por otro lado por medidas cautelares se entienden aquellos actos de índole asegurativa, provisional, restrictivas y de aseguramiento del imputado, se dirigen en todos los casos a motivos de efectividad y a evitar que la actuación del derecho se convierta en ilusoria. Estas tienen un carácter instrumental y están dirigidas a lograr la eficacia de la coerción penal estatal, al intentar asegurar con su aplicación: 1) la averiguación de la verdad, 2) el desarrollo del proceso penal, y 3) el cumplimiento de la ley (ejecución de la sentencia) todo ello bajo la idea que sin su adopción, la labor de defensa social del Estado, expresada en la persecución penal, no sería de modo alguno eficaz.

Así mismo el Art. 23 parágrafo I de la Constitución Política del Estado establece: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. La libertad personal solo podrá ser restringida en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica en la actuación de las instancias jurisdiccionales”*.

Las medidas cautelares de carácter personal, establecidas en el Título II, Capítulo I de la Ley 1970, se pueden clasificar de la siguiente manera:

- La presentación espontanea ante al fiscal.
- El arresto.
- La aprehensión.
- La incomunicación.
- La Detención Preventiva.

- Medidas sustitutivas a la detención preventiva.

7.3.- MARCO CONCEPTUAL.

Coerción.- Es la posibilidad de hacer el uso de la fuerza por parte del Estado.

Derechos.- Los derechos y libertades consagrados en la constitución son aquellos tributos inherentes a la personalidad del individuo en virtud de los cuales las personas pueden realizar con independencia, sus destinos personales y realizar las más diversas actividades lícitas.¹

Garantías.- Son las seguridades establecidas para lograr el goce efectivo y el ejercicio cabal de los derechos y los medios puestos a la disposición de los ciudadanos para hacerlos respetar.²

Presunción de inocencia.- Estado jurídico de todo procesado, mientras no exista una sentencia ejecutoriada formal y material que demuestre el grado de culpabilidad de un procesado.

Medidas cautelares.- En general, podrían denominarse medidas provisionales restrictivas y de aseguramiento del imputado, ya tienden a prevenir la consecución de un determinado fin o precaver lo que pudiera dificultarlo.³

Aprehensión.- Es también una medida cautelar de carácter personal y constituye una privación de libertad del imputado, de corta duración, que tiene por objeto poner a este a disposición de la autoridad prevista por Ley, así se establece de la previsión de los Art. 226, 227 y 229 del CPP que establecen las formas legales de aprehensión.⁴

Arresto.- Es la privación de libertad de corta duración de un ciudadano que puede ser ordenado por el Fiscal o el funcionario policial y procede dentro de una investigación

¹ ARCE ZACONETA, Hector Enrique, Recursos constitucionales en Bolivia, pg. 23.

² ARCE ZACONETA, Hector Enrique, Recursos constitucionales en Bolivia, pg. 24.

³ ESPINOZA CARBALLO, Clemente, Código de Procedimiento Penal (concordado), Pg. 41.

⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Constitucional 0870/2005-R

que se inicia luego de la acción directa, cuyas características y alcances están claramente establecidos en el Art. 225 del CPP. ⁵

Detención preventiva.- Es una medida jurisdiccional, de carácter excepcional que únicamente puede ser ordenada por el Juez o Tribunal, previo cumplimiento de los requisitos y formas establecidos por el Art. 23 de la Constitución Política del Estado y los Art. 233 y 236 del CPP.⁶

Incomunicación.- Es una situación que implica una limitación a ciertos derechos por estar prevista para circunstancias especiales, pero estos derechos no están vinculados con la lesión a la libertad física, se dispondrá únicamente en casos de notoria gravedad cuando existan motivos que hagan presumir que el imputado de otra forma obstaculizara la averiguación de la verdad y esta no podrá prolongarse por más de 24 horas.⁷

Imputado.- Persona sobre la cual recae un proceso penal, donde existan suficientes indicios sobre la existencia del hecho y participación en alguno de los grados de la participación criminal.

Sentencia condenatoria.- En materia penal, es la sentencia que establece con convicción la responsabilidad penal del imputado, la cual fija con precisión las sanciones que correspondan conforme a derecho.

Sentencia ejecutoriada.- Es aquella sentencia que ya adquirió la calidad de cosa juzgada formal y material.

La cosa juzgada formal.- Se refiere a la imposibilidad de reabrir el debate en el mismo proceso donde se dictó sentencia, porque el pronunciamiento a quedado firme, ya sea

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Constitucional 1704/2004-R

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Constitucional 1704/2004-R

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Constitucional 0383/2003-R

porque las partes han consentido el mismo o porque se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios viables al caso.⁸

La cosa juzgada material.- Esta da al contenido de la sentencia caracteres de inmutabilidad, impugnabilidad, es ejecutable y coercible con efectos hacia el pasado y el futuro.⁹

7.4.- MARCO JURIDICO.

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.**

Art. 116 parág. I: *Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado.*

Art. 23 parág. I: *Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. La libertad personal solo podrá ser restringida en los límites señalados por la Ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica en la actuación de las instancias jurisdiccionales.*

- **LEY Nº 1970 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.**

Art. 6: *(PRESUNCIÓN DE INOCENCIA) Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada.*

Art. 7: *(APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y RESTRICTIVAS) La aplicación de medidas cautelares establecidas en este Código será excepcional. 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 este.*

Art. 233: *(REQUISITOS PARA LA DETENCIÓN PREVENTIVA). Realizada la imputación formal, el Juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado,*

⁸ VILLARROEL FERRER, Carlos Jaime, Derecho Procesal Orgánico, Pg. 242

⁹ VILLARROEL FERRER, Carlos Jaime, Derecho Procesal Orgánico, Pg. 243

a pedido fundamentado del fiscal o de la víctima aunque no se hubiera constituido en 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.

2) La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.

- **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

Art. 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.

- **PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.**

Art. 14.- 2) Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

- **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.**

*Art. 8 **Garantías Judiciales.** 2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*

- **DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO.**

Art. 9.- Puesto que todo hombre se presume su inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por Ley.

8.- HIPOTESIS DE TRABAJO.

La Medida Cautelar de Detención Preventiva rompe la lógica formal de Presunción de Inocencia, lesionando el Derecho Constitucional a la Libertad y Libre Locomoción.

8.1.- VARIABLES.

8.1.1.- INDEPENDIENTE.

La Medida Cautelar de Detención Preventiva.

8.1.2.- DEPENDIENTE.

Rompe la lógica foral Presunción de Inocencia.

Lesionando el Derecho Constitucional a la Libertad y Libre Locomoción.

8.2.-UNIDADES DE ANALISIS.

- Medida Cautelar.
- Detención Preventiva.
- Presunción de Inocencia.
- Libertad y Libre Locomoción.

8.3.- NEXO LOGICO.

- Rompe.
- Lesionando el Derecho Constitucional.

9.- METODOS Y TECNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS.

La investigación fue de tipo descriptivo (descripción del problema), explicativo (explicación de la problemática) y exploratorio (ya que el problema de investigación

planteado fue muy poco estudiado en nuestro medio) por cómo se presenta el comportamiento del fenómeno, desde una perspectiva de la realidad, respaldada por fundamentos facticos y empíricos.

Determinado el tipo de investigación a seguir, la metodología aplicada y que posibilito alcanzar los resultados para la elaboración de la propuesta fue:

Método deductivo.

La palabra deductivo, significa "... sacar o separar consecuencias de algo", para la definición señala todos los datos generales son validos, motivo por el cual la deducción implica particularizar el problema, y es de esa manera que fue aplicado el estudio con fines de especificar la presunción de inocencia al aplicar la medida cautelar de detención preventiva.

Método jurídico.

El método comprende tres fases dentro su aplicación. La primera de una realidad histórica cultural (la presunción de inocencia); la segunda de la producción de un hecho (la medida cautelar de detención preventiva) y la tercera la asignación de un valor.

Método Sistemático.

Este método busca el fin que persigue el ordenamiento jurídico (la Ley), toma en cuenta las relaciones que hay entre las instituciones penales y todo el sistema jurídico; con este sistema se aprehende el sentido de una norma considerando su conexión con otras o conforme al que ocupa en el sistema positivo. La interpretación que se haga de un artículo, institución o palabra no debe chocar con el ordenamiento jurídico.

Método Histórico.

La aplicación de este método permitió establecer el proceso evolutivo de la acción punitiva, desde el sistema inquisitivo al sistema acusatorio y analizar si existía el

principio de inocencia y la aparición de las medidas cautelares de carácter personal, más que todo la aparición del instituto de la Detención Preventiva, así como el fenómeno del preso sin condena.

10.- TÉCNICAS A UTILIZARSE EN LA TESIS.

A objeto de verificar la hipótesis planteada en la realidad empírica, se han utilizado técnicas como ser: la técnica bibliográfica, la técnica de interpretación de la Ley llamada teleológica o sistemática, la técnica de observación de campo en situación de participante, y la técnica de la encuesta.

- Entrevistas, “la entrevista es un acto de interacción personal, espontaneo o inducido, libre o forzado, entre dos personas (entrevistador y entrevistado) entre las cuales se efectúa un intercambio de comunicación cruzada a través del cual el entrevistador transmite interés, motivación y confianza; el entrevistado devuelve a cambio información personal en forma de descripción interpretación o evaluación”.

La técnica fue definida por la ventaja que proporciona en la obtención de información de manera directa por parte del entrevistado por parte del investigador, esta técnica permite estimular a los sujetos entrevistados para que profundicen sus experiencias y puntos de vista.

Los formularios correspondientes a las entrevistas realizadas, se presentaran adjuntos en anexos.

- Encuesta, “La encuesta es una rama de la investigación social científica orientada a la valoración de poblaciones enteras mediante el análisis de muestras representativas de la misma...se caracteriza por la recopilación de testimonios, escritos, provocados y dirigidos con el propósito de averiguar hechos, opiniones y actitudes...es un método de colección de datos en los cuales se definen específicamente grupos de individuos que dan respuesta a un numero de preguntas específicas”.

DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA

INTRODUCCION

En el Estado Plurinacional de Bolivia y gran parte de los países del mundo, vivimos en un Estado de Derecho, donde prima la Democracia como sistema político y forma de gobierno, basada en el imperio de la Ley que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. El ordenamiento jurídico, a su vez, está basado en la supremacía legal de la Constitución, como Ley fundamental del Estado, el cual se constituye en el instrumento de equilibrio jurídico-político, social y económico; esta carta magna que da el ordenamiento normativo y establece los límites al ejercicio del Poder mediante el establecimiento de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales.

Es por ello que en la formulación y aplicación de las leyes penales, el Estado debe resguardar y proteger los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Como nos hace notar el Dr. Luis Paulino Mora M. Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, “en materia de justicia penal, se presenta un serio conflicto, entre la necesaria protección de la sociedad, que exige que se sancionen los delitos, y el respeto de los derechos fundamentales del individuo, ya que ningún estado de derecho puede estar legitimado para aplicar su aparato punitivo a una persona, con el propósito de proteger a la sociedad dentro de su territorio, con desconocimiento de los derechos que le son inherentes al hombre”. Por consiguiente el estado no puede perseguir y reprimir el delito cometiendo otro delito al violar los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

En este contexto mostramos el desarrollo y origen de las garantías constitucionales y la presunción de inocencia, su incorporación y tutela en nuestro país y que esta consiste en que la Constitución, la Leyes y el propio Estado, presumen la inocencia del encausado por cualquier delito penal, entre tanto no se demuestre su culpabilidad, donde el acusador está obligado a demostrar la culpabilidad del

procesado y no que el procesado tenga que demostrar su inocencia, ya que en nuestro país se aplica el sistema acusatorio garantista.

Cabe señalar que el presente trabajo de investigación pertenece al Área del Derecho Penal-Constitucional. El problema planteado de que si la Medida Cautelar de Detención Preventiva viola la garantía de Presunción de Inocencia, es de trascendencia social, siendo verdaderamente muy difícil y complejo dar una solución o respuesta a esta problemática, si bien esta garantía de la Presunción de Inocencia tiene tutela no solo en la Constitución Política del Estado, el Código de Procedimiento Penal, sino también de las Declaraciones y los Pactos Internacionales que buscan una protección universal, pero que en los hechos los países signatarios de estos tratados ya sea por diferentes circunstancias no se cumple con lo acordado, no existiendo por parte del estado políticas de prevención eficaces contra la violación a los derechos y garantías.

De ahí tenemos el Tribunal Constitucional plurinacional, que es órgano encargado para velar la constitucionalidad de las leyes que emanan del órgano Legislativo, respecto al tema de investigación se dio con las Sentencias Constitucionales N° 0012/2006-R y la N° 0719/2004-R, las cuales nos dan una doctrina de jurisprudencia precedencial o de los precedentes obligatorios, que son analizados en la presente Tesis de Grado.

De las técnicas utilizadas se realizó un análisis estadístico e interpretación de las encuestas y entrevistas realizadas, llegando a los objetivos planteados en la tesis, que se encuentran en el Capítulo respectivo, esperando que con la investigación realizada se contribuya a nuestra ciencia del derecho.

CAPITULO N° I

EVOLUCION HISTORICA DEL PENSAMIENTO JURIDICO PENAL

1.- DERECHO PENAL DE LA ANTIGUEDAD.

Según la concepción más universalmente aceptada, el ser humano es un ser individual de naturaleza social, de acuerdo a la historia de la humanidad la sociedad fue progresando gradualmente, de lo que no fue ajeno el proceso penal, basándonos en esto tratare de explicar en este capítulo el contexto histórico de la actividad punitiva desde la sociedad primitiva hasta la actualidad, pasando desde los orígenes del Estado, la monarquía absoluta, la revolución francesa, el principio de inocencia y los sistemas inquisitivo y acusatorio.

Como expresa Federico Engels en su obra “El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado”, en el estado primitivo de la sociedad no existía aun el derecho, si nos fuéramos a referir al derecho en su sentido jurídico; No obstante, esto no significa que no se provocaran hechos que requirieran de la reacción del grupo social y el rechazo de esta hacia las conductas dañosas a los intereses individuales y colectivos, aunque lógicamente aun la sociedad no se dividía en clases y por ende no contaba con el Estado y es mas con un órgano que emane de este que tuviera la facultad de reprimir conductas que no se ajustaban a sus reglas, las que eran de carácter moral y que eran aceptadas por todos los miembros de la comunidad y que tenían carácter consuetudinario, de lo que se puede afirmar que se estaban cimentando los gérmenes de la que en su evolución constituyera el magisterio punitivo.

La reacción defensiva ante conductas no aceptadas o perjudiciales para la colectividad, es una constante que se encuentra presente en la historia de la humanidad que se expresa en la acción punitiva de la sociedad, de ahí surge el verdadero valor del derecho de castigar, pues en su evolución muestra el asentamiento de la autoridad del Estado.

Los primeros vestigios de una normación punitiva de alguna importancia aparecen cuando los intereses trascienden de lo meramente individual con tendencia

comunitaria, este es el germen de la penalidad como idea pública. El camino recorrido por la función represiva y sancionadora de lo que es considerado delictivo o delito, a lo largo de la historia atraviesa una serie de diversas alternativas, donde las transgresiones al orden se resolvían, primero por la reacción directa del ofendido, y después con la mediación de un particular y aun de un órgano público.¹⁰

1.1.- PERIODO PRIMITIVO.

La reacción defensiva ante las conductas no aceptadas o perjudiciales para la colectividad fue evolucionado, engendrando una reacción esencialmente individual del perjudicado, transitoria o no, establecida por el colectivo, toda vez que esa agresión se consideraba una cuestión puramente privada a la cual tiene que responder el agredido, ya que solamente él a de valorar el alcance del perjuicio y tomar la medida para combatirla, ya fuera con un objeto o instrumento defensivo.

En la medida que va evolucionando la sociedad en el periodo primitivo, aparece el Tabú donde los primeros seres humanos primitivos creían en una serie de creencias religiosas y mágicas, donde el castigo para quien violase el tabú tenía carácter colectivo, es decir que el castigo recaía sobre él y los demás integrantes de la tribu.

LA VENGANZA.- Consistía cuando un individuo era víctima de un delito o un acto criminal cometido por otro individuo, donde la víctima y sus parientes castigaban por mano propia al autor y su grupo familiar causando un daño mayor al recibido, es decir no había proporción entre la ofensa y el castigo.

Algunos de los miembros del grupo que se destacan pasan a ser líderes, por lo general los más aptos y fuertes, ya que este va adquiriendo determinadas formas de de organización como lo fueron las tribus, gens, clan, etc. Por tales razones estos individuos van adquiriendo roles representativos, sin embargo aun sus miembros gozan de iguales “derechos y obligaciones”, aunque comienza el establecimiento de una

¹⁰ CLARIA OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal Penal Tomo I, pg. 41.

autoridad que asume algunas funciones y va sustituyendo la forma individual defensiva, de reacción ante un ataque u ofensa, que dependió de quien ejercitara la función coercitiva ejercida en nombre del grupo o de acuerdo a la evolución de la sociedad ya que en otros lugares existían consejos de ancianos a quienes se les respetaban por sus experiencias y conocimientos, aunque resulta oportuno destacar que en la mayoría de los casos esas funciones tanto del Jefe Tribal, Patriarca, Chaman, Consejos de Ancianos, solo se limitaban a las cuestiones de las guerras, ante el peligro de ser destruido el grupo por el ataque de otros grupos enemigos.

La venganza no desaparece de inmediato, se mantiene ante delitos o agresiones privadas (hurtos, lesiones, homicidios, etc.), que no hacían posible la reacción del individuo lo que provoco el apoyo primero de familiares, después se incorporan los amigos y por ultimo toda la agrupación en apoyo al ofendido. Esta última intromisión va introduciendo el germen de la tutela social (acción punitiva) a las conductas que transgreden las tradiciones, intereses y seguridad del colectivo. Comenzando de esta forma el derecho consuetudinario, en el que el grupo mediante un actuar sumario de inmediato, oral y público, sancionaba a los infractores.

Posteriormente comienzan a parecer las diferencias entre los hombres, por la división del trabajo, lo que provoca que surjan los elementos de la división clasista de la humanidad. Comenzando el trueque mercantil y las guerras entre grupos rivales, y quienes resultaban prisioneros se convertían en fuerza de trabajo esclava, brindándole un excedente a los amos.

Hasta estos momentos se impone la venganza privada y aun no existía un procedimiento para castigar a los infractores aunque en su lógico desarrollo se fue imponiendo la forma social de la defensa, ya que la primera debilitaba al grupo al originar nuevas venganzas, razón por la cual se fue cediendo poco a poco y se comienza a reclamar la protección y defensa de los intereses sociales y como se explico con antelación estas funciones las fueron asumiendo los jefes y con posterioridad las

asumieron personas que se fueron especializando cada vez más en la solución de los conflictos, surgiendo así lo Tribunales y los Juzgadores.

Posteriormente al surgir el Estado y las clases antagónicas y continuar creciendo la propiedad privada, surge la necesidad de impartir justicia por llamarle da alguna forma a la incipiente función que se comienza a profundizar en esta sociedad.

1.2.- PRIMERAS LIMITACIONES A LA VENGANZA.

1.2.1.- LA LEY DEL TALIÓN: Los antecedentes de la aplicación de esta Ley se dieron el Código de Hamurabi, en las XII Tablas y en la Ley Mosaica. Esta Ley establece la proporción entre el daño sufrido y la pena a aplicar, donde la pena tiene que ser igual al daño sufrido por la victima, este es conocido como el *“ojo por ojo, diente por diente”*, si los delitos no producían un daño físico como en el robo, la pena era la mutilación de la mano. Al evolucionar esta institución se determino conceder una parte para el Estado y otra para el perjudicado, hasta que el Estado lo tomo todo para sí, etapa en la que se refiere que desaparece la ultima influencia de las relaciones gentilicias, resultado lógicamente de un largo proceso que duro siglos, perfeccionándose dicho proceso con el desarrollo gradual que fue alcanzando la sociedad.

1.3.- MOMENTO HISTORICO EN QUE EL ESTADO ASUME LA FUNCION PUNITIVA.

A partir de este momento histórico es que el Estado va a tomar partido en el desarrollo que va experimentando el derecho, lo hace lógicamente en interés de la clase dominante con la utilización de su poder coercitivo. Comenzando así la obligatoriedad de las normas que la clase dominante determinaría, primero como norma oral y posteriormente como la norma escrita, dictada por el poder estatal.

El Estado al crear su propio derecho ordena coerciblemente la actividad humana en materia de justicia social, evitando el castigo por mano propia, de ahí surge la institución de la composición que consiste en la reconciliación basada en la reparación

del daño, evitando así pagar el daño con el mismo daño, donde se reemplaza la pena por un arreglo de partes mediante un sistema de pagos en moneda o en especie, en un principio fue voluntaria y luego paso a ser legal, es decir obligatoria, no pudiendo la victima recurrir a la venganza.

En el derecho Romano, para la composición intervenía el Estado a través de un tribunal arbitral cuya resolución era obligatoria tanto para el ofensor como para la víctima.¹¹

Posteriormente se articula un peculiar mecanismo realizativo, mayormente conocido como enjuiciamiento inquisitivo, el tipo inquisitorio nace desde el momento en que aparecen las primeras pesquisas de oficio y esto ocurre cuando desaparece la venganza y cuando el Estado, velando por su conservación, comprende la necesidad de reprimir poco a poco ciertos delitos, cuyos orígenes se remontan a la Alta Edad Media y su culminación se encuentra en códigos de las Monarquías Absolutas del Siglo XVII.

1.4.- DERECHO PENAL DEL MEDIOEVO.

En esta época, la forma de gobierno es la Monarquía Absoluta, donde el poder supremo reside en el Rey o Príncipe Soberano, donde el monarca era el que dictaba las leyes, las interpretaba y decidía sobre premios y castigos, sin apelación posible y con suma autoridad. Las leyes fundamentales se suponían que provenían de un origen divino, dictadas por la divinidad y transmitidas por el monarca, que hacía de intermediario e intérprete de esa voluntad.

La época de la Inquisición, instituida por la Iglesia Católica para investigar, enjuiciar, y sentenciar fundamentalmente, a los culpables de la herejía impuso el tormento para obtener la confesión.

¹¹ VILLAMOR LUCIA, Fernando, Derecho Penal Boliviano, Parte General, Tomo I, Pg. 52.

1.4.1.- EL ENJUICIAMIENTO INQUISITIVO.

Nació en Roma y en las monarquías cristianas del siglo XII, bajo la influencia de la Inquisición recibió el proceso penal hondas modificaciones que lo transformaron por completo. Es así que en algunos países como España, el sistema inquisitivo floreció gracias al compromiso de algunos reyes con la iglesia católica, como sucedió con la instalación del tribunal de la Santa Inquisición.

En este sistema el Juez, desde el momento del inicio de la actividad persecutoria, es el que por denuncia, por quejas, por rumores, inicia el procedimiento de oficio, donde el imputado en su condición de sospechado, se convertía en objeto procesal en los que el reo era un mero objeto de la implacable averiguación donde el juzgador se dedica a buscar las pruebas, examinar a los testigos y todo lo guardaba en secreto lo cual tendía a obtener la confesión y para ello se apelaba a la privación de la libertad, al confinamiento en condiciones de duro aislamiento, a la intimidación y a la minuciosa y deliberada imposición del dolor a través del tormento legal . Es decir no hay acusado, la persona es detenida y colocada en un calabozo, segregado de la sociedad mediante la institución denominada prisión preventiva. En este sistema se otorga un valor a la confesión del reo, llamada la reina de las pruebas. La época de la Inquisición duro hasta fines del siglo XVIII, con la aparición de la Revolución Francesa, cuya influencia se extiende por toda Europa, con el espíritu renovador de los libertarios, que generó una conciencia crítica frente a todo lo que venía de la vieja sociedad feudal.

1.5.- DERECHO PENAL DEL ILUMINISMO.

Es en el siglo de de las luces en el que la obsesión por el saber impulsa a todos los científicos, y es en esta época donde la pena adquiere un carácter público y es el Estado el titular del bien jurídico protegido.

Luego de la crítica iluminista hacia las atrocidades de los castigos corporales y de los movimientos revolucionarios libertarios se advierte una relativa humanización de las

penas, todo este movimiento cultural culmina con una de las revoluciones más serias de la historia de la humanidad que comenzó con la reunión de los Estados generales en 1789 y promulgó la *“Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”*, sentando como principales principios: la igualdad, la legalidad, fraternidad y la presunción de inocencia entre otros.

1.5.1.- LA DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO.

En la Declaración se definen los derechos “naturales e imprescriptibles” como la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión. Así mismo, reconoce la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley y la justicia. Por último, afirma el principio de la separación de poderes.

Es en esta declaración que se consagro por primera vez la presunción de inocencia, como garantía procesal para los procesados o inculcados de hechos delictuosos, el nuevo modelo proponía en lugar de la escritura y el secreto de los procedimientos, de la negación de la defensa y de los jueces delegados del poder imperial, la publicidad y oralidad en los debates, la libertad de defensa y el juzgamiento de los jurados, lo cual generó la extinción de este sistema netamente inquisitorio para aparecer el denominado sistema inquisitivo reformado o sistema mixto.

Es evidente que con esta revolución se dieron grandes avances en el proceso penal y que dentro de gran parte de los diseños procesales de los países adelantados la regla es la libertad durante el proceso y la desclasificación de todas las medidas coactivas de índole aflictiva, así como de la obligación de aportar elementos de convicción para demostrar su inocencia o culpabilidad. En los países latino americanos el instituto de la detención preventiva es considerado el modo por excelencia de la reacción penal, convirtiéndose de hecho en el sustituto de la pena o una forma anticipada de la misma, generándose el fenómeno de preso sin condena.

2.- SISTEMAS PENALES.

2.1.- ANTECEDENTES.

Sistema es el modo legalmente regulado de realización de administración de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y a su ejecución, como concreción de la finalidad de realizar el Derecho Penal material.

Estos actos se suceden entre la noticia del delito, a partir de la cual se promueve la acción, y la sentencia. Los actos que son marchas sin retorno, proceden hacia el momento final.

Dentro los actos procesales que montan la impulsión del proceso, se ha distinguido la Etapa Preparatoria o de Instrucción, luego se pasa a la Acusación que abre la Etapa del Juicio Oral Público y Contradictorio que concluye con la Sentencia Ejecutoriada.

El fin institucionalmente propuesto para el proceso penal no solo es la realización del derecho Penal material sino también el cumplimiento de las bases constitucionales de Juicio Penal, ya que el derecho penal está reglamentado por la Constitución Política del Estado, y es por ello que la implementación de cualquier medida que se dicte en pos de descubrir la verdad para imponer una pena no exceda los límites constitucionalmente impuestos a los poderes públicos.

2.2.- SISTEMAS.

El proceso penal puede descansar en uno de estos sistemas:

1. El Sistema Acusatorio,
2. El Sistema Inquisitivo, y
3. El Sistema Mixto.
4. El Sistema Acusatorio Garantista.

En la mayoría de las naciones se comenzó con la forma acusatoria, pasando luego al sistema inquisitivo y posteriormente, a lo largo del Siglo XIX, al sistema mixto.

2.2.1.- SISTEMA ACUSATORIO.

Es originario de Grecia y fue adoptado por los romanos. En un principio corresponde a la concepción privada del derecho penal, en cuanto al castigo del culpable es un derecho del ofendido, quien puede ejercitar su derecho o abandonarlo; si lo ejercita, el castigo y el resarcimiento del daño se tramitan en un solo procedimiento, sin que haya distinción entre procedimiento penal o civil.

Este sistema se basa en los siguientes principios básicos:

- La facultad que tiene todo ciudadano de acusar.
- La necesidad de que alguien distinto al Juez formule la acusación para que pueda existir un juicio.
- Quien juzga es una Asamblea o Jurado Popular, por lo que las sentencias no son apelables.
- El acusado se mantiene en libertad hasta que exista una sentencia condenatoria.
- Igualdad absoluta de derechos y deberes entre acusador y acusado.
- El juzgador se debe limitar a los hechos alegados y probados.

2.2.2.- SISTEMA INQUISITIVO.

Este sistema es una creación del Derecho Canónico de la edad Media, extendiéndose a toda la Europa Continental y perviviendo hasta el siglo XVIII. Surge como consecuencia de tres factores:

- La aparición de los Estados Nacionales.
- La pretensión de universalidad de la Iglesia Católica.
- El conflicto de los Estado Nación de someter al poder feudal a los infieles.

Descansaba en los siguientes principios:

- Concentración de las tres funciones de acusar, defender y juzgar en un mismo órgano.
- Esas funciones se encomiendan a unos órganos permanentes.
- El Procedimiento es escrito, secreto y no contradictorio, no existe el debate oral.
- Se admite como reina de las pruebas a la confesión.
- El acusado no tiene derechos frente al inquisidor por ser este considerado infalible.

El sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo comienzan a declinar con la revolución francesa y el consiguiente cambio de paradigma social (surgen las garantías procesales, los derechos del hombre, etc.).

2.2.3.- SISTEMA ACUSATORIO FORMAL O MIXTO.

Fruto de las nuevas ideas filosóficas, como reacción ante las denuncias secretas, las confesiones forzadas y la tortura, surge en Francia un nuevo sistema procesal penal que respeta el derecho de todo ciudadano a ser juzgado públicamente en un proceso contradictorio, pero conservando un elemento del sistema anterior, el de acusación oficial, encargada a funcionarios que de modo permanente suplan la carencia de acusadores particulares, con lo que nace el Ministerio Público, que es un órgano independiente de los juzgadores y representante de la Ley y de la sociedad.

Además se conserva una fase de investigación secreta, escrita y no contradictoria, que a diferencia del sistema inquisitivo no sirve de base a la sentencia, sino a la acusación. La sentencia solo puede basarse en las pruebas practicadas en el juicio.

Por esa mezcla de caracteres se lo denomina sistema mixto y se caracteriza porque el poder estatal no abandona a la iniciativa investigativa de los particulares a la

investigación y la persecución de los delitos, pero el Estado, en cuanto juzga, no investiga y persigue, porque se convertiría en parte, y con ello peligraría la objetividad de su juicio.

Los principios en que descansa este sistema son:

- La separación de la función de investigar, acusar y juzgar.
- Del resultado de la instrucción depende de que haya causación y juicio.
- El acto del juicio es público, oral y confrontativo.
- Según el modelo francés, la sentencia se da mediante una cooperación de magistrados y jurados. La combinación de ambos elementos en la Administración de Justicia varía según los distintos países.

2.2.4.- SISTEMA ACUSATORIO GARANTISTA.

A diferencia con lo que aconteció con el sistema mixto, potencia el sistema acusatoria tradicional al cual le adiciona un completo marco de garantías de protección tanto para el procesado como para la víctima, a modo de evitar los abusos del poder, y prescinde de las notas tradicionales del sistema inquisitivo: secreto, acumulación de funciones, ausencia de oralidad, etc. Es utilizado en nuestro sistema.

- La estricta separación entre las fases de la investigación y el enjuiciamiento. Fases que al hallarse delimitadas con precisión y tener operadores jurídicos distintos, otorgan las garantías de objetividad e imparcialidad que conferirán al proceso penal su exigida racionalidad.
- Centra el momento de la investigación en la labor del Fiscal Penal dotándole de una serie de facultades y de capacidad para archivar el procedimiento preliminar, de abstenerse de ejercitar acción penal (principio de oportunidad) y de pedir el sobreseimiento del proceso penal al Juez, en ambos casos por advertidas razones de atipicidad, no antijuridicidad o insuficiencia de pruebas.

- Revaloriza los roles que juegan las partes, otorgando a la víctima un nuevo estatus jurídico, y confiriendo a la defensa una serie de garantías imprescindibles para la racionalidad del nuevo proceso acusatorio.
- Hace del Juez, quien decide los casos justiciables, la figura que cautela y otorga las garantías a las partes
- Hace de la transparencia el método de búsqueda de la verdad
- Proporciona mecanismos alternativos al proceso común para la solución de los conflictos con menores costos tanto en tiempo, dinero y economía procesal: principio de oportunidad y terminación anticipada.
- Coloca a los derechos humanos y la dignidad de la persona, tanto en su respeto y aseguramiento, como las matrices sobre las que descansa el derecho procesal penal.

3.- EL DERECHO CONTINENTAL.

Es el llamado derecho continental europeo, o simplemente derecho continental, es el sistema jurídico derivado de aquel aplicado en Europa continental, cuyas raíces se encuentran en el derecho romano, germano y canónico.

Se suele caracterizar porqué tiene como principal fuente la ley, antes que la jurisprudencia y porque sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios ordenados y sistematizados, más conocidos como códigos. El sistema de derecho continental se basa sobre todo en la normativa emanada por los poderes legislativo y ejecutivo. De estos órganos emanan normas dotadas de una legitimidad democrática que son interpretadas y aplicadas por el poder judicial.

La norma jurídica, que es genérica, surge de la Ley y aplicada caso por caso por la autoridad jurisdiccional es decir por los tribunales de justicia.

4.- EL DERECHO ANGLOSAJON.

El **derecho anglosajón** (o *commonlaw*) derivado del sistema aplicado en la Inglaterra medieval, es aquel utilizado en gran parte de los territorios que tienen influencia británica. Se caracteriza por basarse más en la jurisprudencia que en las leyes.

Sistemas basados en el Derecho anglosajón o provenientes de la corriente de éste son utilizados en Inglaterra, Gales, Irlanda y gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido, incluyendo Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Canadá (con la excepción de Quebec, provincia en la cual se utiliza el sistema de derecho continental en el derecho civil y el derecho anglosajón en el derecho penal) y también los Estados Unidos (con excepción del estado de Luisiana, en el cual, derivado de su herencia francesa, utiliza un sistema de derecho continental. En Asia, Hong Kong (como antigua posesión británica) también utiliza un sistema de derecho anglosajón, lo cual está garantizado por su constitución, que asegura que éste se mantendrá vigente (pese a que la soberanía ha retornado a China), al igual que en la India, Malasia y Singapur. En África utiliza Sudáfrica igualmente el sistema de derecho anglosajón.

Algunos académicos consideran que el nombre de *Derecho anglosajón* es inadecuado, ya que éste indicaría hacia un derecho utilizado por los antiguos anglos y sajones (anglosajones) en la Inglaterra medieval temprana. Sin embargo, el nombre *Derecho Común*, traducción literal del término *CommonLaw* (su denominación en inglés) lleva a más complicaciones, ya que se confundiría con el concepto de derecho común utilizado en el derecho continental, que corresponde a un sistema de derecho utilizado como base para otros (y generalmente, sinónimo de *Derecho Civil* así conocido en el sistema del Civil Law). Asimismo, el derecho anglosajón "antiguo" no es muy citado en español, por lo que normalmente se utiliza *Derecho anglosajón* o algunos utilizan directamente *CommonLaw*.

Debe tomarse nota de que en el idioma inglés existe una discusión similar sobre el término *Civil Law*, que es la traducción inglesa del *Derecho Continental*.

4.1.- PRINCIPIOS BÁSICOS

El sistema de Derecho anglosajón se basa, sobre todo, en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores (aquellos a los que se pueden apelar las decisiones tomadas por dicho tribunal) y en las interpretaciones que en estas sentencias se dan de las leyes, por esto las leyes pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se espera que los tribunales las clarifiquen (o estos ya lo han hecho sobre leyes anteriores, pero similares). Este es el motivo por el cual en Estados Unidos aún se enseñan normas de la época colonial inglesa.

Por otro lado, existen interpretaciones judiciales que crean figuras jurídicas nuevas, lo que en un principio era la norma, pero hoy es la excepción, sin embargo se mantiene la nomenclatura y se conoce como *delito estatutario*, por ejemplo, al delito creado por la ley. En la actualidad, es mucho más común que las leyes creen figuras completamente nuevas o que estandaricen y fijen las reglas anteriormente establecidas por las sentencias judiciales.

Un detalle muy importante es que, en casos posteriores, la *ratio decidendi* de las sentencias previamente dictadas obligan a un tribunal (y todos los tribunales inferiores a éste) a fallar de la misma manera o de forma similar. Por esto el estudio del sistema se basa en el análisis detallado de las sentencias de las cuales se induce la norma, estudio que termina en la elaboración de un "caso típico", el cual se compara con la situación en estudio para ver si es similar o no. En muchas ocasiones se analizan diversas sentencias que contienen el mismo principio, visto desde diversas ópticas, para extraer finalmente la norma que se aplicará al caso en estudio.

En la actualidad, la diferencia señalada entre los sistemas del derecho continental y el anglosajón es cada vez menor, pues se verifica en el derecho anglosajón una fuerte

tendencia hacia la "codificación" de las reglas jurídicas, esto es, una creciente producción de normas escritas, que van desplazando paulatinamente los antiguos precedentes judiciales y los van reemplazando por normas escritas. Este fenómeno es posible gracias a la enorme flexibilidad que caracteriza al derecho anglosajón, a diferencia de lo que ocurre con el sistema continental, en el que la existencia de códigos y normas escritas le ha impreso un carácter más "rígido". La mencionada flexibilidad del derecho anglosajón puede comprobarse en la circunstancia de que el mismo comenzó siendo un sistema de derecho consuetudinario o costumbrista, en el que la principal fuente de derecho eran las costumbres, que se conocían como "derecho común" ("commonlaw"). Posteriormente, y debido a la actuación de los tribunales judiciales, evolucionó hasta que los precedentes se encumbraron como la principal fuente de derecho, y el sistema pasó a convertirse en uno de "derecho jurisprudencial". Queda por ver, ahora, si la mencionada tendencia hacia la codificación que modernamente se verifica en los Estados enrolados en el sistema anglosajón, no termina por convertirlo, también, en un sistema "legalista", como es el continental.

CAPITULO N° II

EL DERECHO DE CASTIGAR Y LA GARANTIA DE PRESUNCION DE INOCENCIA

1.- TENDENCIAS DEL IUS PUNIENDI DEL ESTADO.

La palabra *iusPuniendi*, es una expresión latina para referirse a la facultad sancionadora que tiene el Estado; de una forma desglosada tenemos que la expresión “Ius” equivale a decir derecho, mientras que la expresión “Puniendi” equivale a castigar y por lo tanto el vocablo *iusPuniendi* se puede traducir literalmente como derecho a penar o derecho a castigar, esta expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos.

El Derecho Penal suele entenderse en dos sentidos diferenciados: objetivo y subjetivo. Para el profesor Mir Puig el derecho objetivo equivale al conjunto de normas penales. Por su parte el derecho subjetivo (también llamado *iusPuniendi* o derecho de castigar) es la facultad que corresponde al Estado a imponer penas y medidas de seguridad, es decir aplicar el derecho penal objetivo.

2.- FUNDAMENTO DEL IUS PUNIENDI ESTATAL.

Históricamente el Estado ha monopolizado el poder de castigar. Solo el “*iusPuniendi*” estatal puede operar como poderosa instancia pública capaz de resolver el conflicto criminal de forma pacífica e institucional, racional y previsible, eficaz e igualitaria con escrupuloso respeto a las garantías constitucionales. Solo el *iusPuniendi* estatal se halla en condiciones de asegurar la justa tutela de los bienes jurídicos fundamentales, monopolizando la violencia privada y la autodefensa.

Políticamente el debate sobre el *iusPuniendi* nos lleva a los planteamientos ideológicos y los sucesivos modelos de Estado; así tenemos al Estado Absoluto, donde el Estado podía privar a los ciudadanos de sus derechos, sin justificar la intervención penal y la sanción; el Estado Liberal, es el depositario, administrador y custodio de las libertades públicas; el Estado Social, es el que interviene activamente como gestor de los procesos sociales. Es de esta forma que el *iusPuniendi* pasa a convertirse en un poderoso

instrumento de Política Criminal en aras de la prevención del delito. Así las medidas de seguridad, junto con la pena, son fieles exponentes del cambio.

Los postulados del Estado Social con la dirección de la Política Criminal fueron encarnados por Franz Von Liszt, según este autor el Estado intervencionista pretenderá reaccionar frente a la ineficacia del derecho penal clásico y liberal. Sin embargo después de la segunda guerra mundial se pudo comprobar cómo un Estado intervencionista puede representar peligros importantes para las garantías individuales, de lo que queda claro que es necesario establecer límites al iuspuniendi. Como dice Mir Puig, el Estado Social y Democrático debe ser un complemento al Estado Clásico y Liberal y no una alternativa.

3.- NATURALEZA DEL IUS PUNIENDI.

La naturaleza del iuspuniendi, pretende buscar una fundamentación a sus límites. La misión principal de toda norma jurídica es la de establecer la obediencia, existiendo el derecho a exigir su cumplimiento, por lo tanto, la conducta contraria la norma penal es un delito que merece una pena. Con la Ley Penal surge un nuevo derecho subjetivo a la pena, por lo que la lesión del derecho de obediencia es la fuente del derecho penal subjetivo.

La doctrina dominante opta por una denominación tradicional del iuspuniendi como derecho subjetivo, con intervención punitiva del Estado. En cambio algunos autores cuestionan tal naturaleza y prefieren hablar de un poder de castigar.

El concepto de derecho penal subjetivo está sometido a objeciones. Así, Ferri advierte que el delito no puede equipararse a un negocio jurídico, pues delito y delincuente no se hallan en plano de igualdad, pues el primero dicta la Ley en cumplimiento de su poder de defensa social, en cambio el autor ve el poder punitivo como una potestad soberana.

Dentro de la naturaleza del *IusPuniendi*, hay que distinguir tres momentos en la vida de la norma:

1. Antes de emanar la norma jurídica. En este momento no se puede hablar con rigor de *IusPuniendi*, de un derecho subjetivo de castigar.
2. Una vez dictada la norma jurídica. Surge el deber de obediencia del ciudadano y el derecho subjetivo del Estado para exigir esa obediencia.
3. Cuando se infringe la norma jurídica, nace el derecho subjetivo del Estado a castigar, derivado de la violación de la norma por el infractor.

4.- EL TITULAR DE IUS PUNIENDI.

Menos polémico resulta hablar del titular del *IusPuniendi*. En épocas pasadas una serie de instituciones fueron titulares del mismo, pero en la actualidad el *IusPuniendi* es intransferible, indelegable y no susceptible de ser compartido por una pluralidad de titulares.

El problema surge en relación con los delitos privados, cuya persecución requiere la previa interposición de una querrela; o los delitos de acción pública a instancia de parte que precisa mínimamente de una denuncia. La titularidad del *IusPuniendi* pertenece al Estado en régimen de monopolio como expresión de su soberanía, en la actualidad, solo una intervención pública garantiza la máxima eficacia preventiva, y por tanto las fórmulas privativas no solo ponen en peligro las garantías irrenunciables de los ciudadanos, sino la propia capacidad preventiva del sistema. Ni la sanción administrativa, ni la reparación civil, ni cualquier otro sustituto privativo cumple la función que asume la pena.

5.- GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

Las garantías, que es preciso distinguir en el léxico constitucional de los derechos, son las instituciones de seguridad creadas a favor de las personas, a objeto de que

dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho, por ejemplo, la libertad es el derecho proclamado y la Acción de Libertad que es la garantía que asegura su efectividad.

5.1.- CONCEPTOS.

GARANTIAS.- Las garantías constitucionales son el conjunto de seguridades civiles, políticas, procesales, penales, morales y económicas que definen esferas para el ejercicio de la libertad, frente a los excesos de la autoridad. Son normas legales de rango constitucional cuyo fin es el de asegurar la libertad y seguridad de las personas. Protegen directamente los derechos humanos.

Las garantías constitucionales son el conjunto de declaraciones, medios y recursos, con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen. Las garantías constitucionales, también denominadas individuales, configuran inspiraciones de un orden jurídico superior y estable que satisfaga los anhelos de una vida en paz, libre de abusos en general y otras normas de índole colectiva, aunque de resultante individual al servicio de la dignidad humana.

Las garantías constitucionales son instituciones jurídico-constitucionales que tienen por finalidad proteger y amparar a las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, contra cualquier exceso, abuso o arbitrariedad provenientes de personas particulares, de autoridades públicas o judiciales.

Las garantías constitucionales son: “las que ofrece la Constitución (v.) en el sentido de que se cumplirán y respetaran los derechos que ella consagra, tanto en lo que se refiere al ejercicio de los de carácter privado como a los de índole pública”.¹²

¹² OSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Pg. 453.

Ernesto Daza Ondarza, al referirse a las garantías constitucionales, manifiesta que son “aquellos medios o remedios jurídicos o jurisdiccionales encaminados a la protección y al amparo de la libertad constitucional” y José Pareja Paz Soldán, citado por Daza Ondarza, señala que “las garantías son las seguridades establecidas para lograr el goce efectivo y el ejercicio cabal de los derechos y los medios puestos a disposición d los ciudadanos para hacerlos respetar”.¹³

5.2.- CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS.¹⁴

De acuerdo a la doctrina general del Derecho Constitucional, las garantías constitucionales se clasifican en dos categorías.

I) Garantías normativas.- Consistentes en normas que constituyen los principios fundamentales contenidos en la constitución, como fuente de garantía para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

A su vez, las garantías normativas se pueden clasificar en tres clases de garantías constitucionales:

➤ *Las garantías de administración de justicia, entre las que se puede mencionar:*

- La prohibición de detenciones ilegales.
- La no obligatoriedad de declarar contra sí mismo en materia penal.
- La prohibición de vejámenes y torturas.
- **La presunción de inocencia.**
- El derecho a la defensa.
- El debido proceso.
- Principio de *non bis idem*.
- El derecho de la víctima a ser oída antes de cualquier decisión judicial.

¹³ JOST, Estefan; RIVERA S., José Antonio; MOLINA RIVERO, Gonzalo; CAJIAS, Huáscar J., La Constitución Política del Estado, Comentario Crítico, Pg. 49.

¹⁴ Para la siguiente clasificación de las garantías constitucionales se tomo como base La Constitución Política del Estado.

- La publicidad, gratuidad y celeridad en la tramitación de los procesos judiciales.
- La inexistencia de la pena de muerte, infamia y muerte civil, así como la confiscación de bienes como castigo político.
- *Las garantías civiles y políticas:*
 - Los derechos fundamentales (derechos humanos).
 - Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesino.
 - Derechos sociales y económicos.
 - Derecho a la propiedad privada.
 - La prohibición de alterar las leyes (códigos).
- *Las garantías de la administración pública:*
 - La igualdad ante las cargas públicas.
 - La igualdad y equidad ante los impuestos y contribuciones.
 - El libre acceso a la función pública.

II) Garantías Jurisdiccionales: Aquellos mecanismos jurisdiccionales, conocidos como recursos extraordinarios, que tienen la finalidad de poner un remedio jurídico a un acto ilegal o arbitrario que restrinja o suprima derechos fundamentales, restableciéndolos de forma rápida y oportuna.

En cuanto a las garantías jurisdiccionales, se tiene los siguientes recursos:

- Acción de Libertad.
- Acción de Amparo Constitucional.
- Acción de Protección de Privacidad.
- Acción de Inconstitucionalidad.
- Acción de Cumplimiento.
- Acción Popular.

6.- PRESUNCION DE INOCENCIA.

6.1.- INTRODUCCION.

Ya desde los comienzos del Estado, desde su nacimiento como tal, como persona jurídica pública, es decir, sujeto de derecho, tiene la facultad de regular y reglamentar el derecho en las relaciones de los individuos entre sí, y también en las relaciones de los individuos con el mismo estado, pero éste a su vez se encuentra limitado por las garantías de los particulares; quedando en consecuencia el proceso dirigido por una serie de garantías consagradas tanto en la fuente constitucional como en el derecho internacional; sometiéndolo a ciertas normas específicas que hacen al debido proceso.

“Históricamente el derecho penal ha fluctuado entre dos intereses opuestos: el del estado de castigar los delitos, y el del justiciable en relación con los derechos y garantías que le son debidos”.¹⁵

La máxima es buscar un equilibrio entre las prerrogativas del Estado, su facultad punitiva, las garantías y derechos de los individuos, la cual se ha logrado con la garantía del debido proceso.

En el presente capítulo no desarrollaré específicamente la garantía del debido proceso, sino que me inclinaré por desplegar la garantía de inocencia, derivada lógicamente de aquella.

Este principio posee larga data, ya en el Digesto de Ulpiano se expresaba: *“Satiusesseimpunitumrelinquifacinusnocentisquaminnocentmedamnari”* (es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente).

Algunos autores optan por la denominación “presunción de inocencia”, mientras que otras se inclinan por denominarlo *“principio de inocencia”*.

¹⁵DE ELÍA, Carlos M., Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, pág. 17, año 2001.

El principio de inocencia -la presunción de inocencia- ha sido formulado desde su origen, y así debe entenderse, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad jurídica.¹⁶

Sin embargo cuando se formulo tal principio en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁷, a tenor del Art. 11.1 que dice *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a ley y juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*, devino en serias confusiones. Se entendía que se iniciaba una causa penal justamente porque se presumía la culpabilidad del imputado. También se creía que, la presunción penal referida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789, era la misma correspondiente a la categoría de presunciones vigentes hasta ese momento en la vía civil. Entonces, debía darse por verdadero el hecho imputado a una persona, sin necesidad de prueba; lo que en sí, no constituía el espíritu de la referida declaración, es que, se reconozca que la persona sospechosa no podía, ni tenía porque perder sus libertades y derechos fundamentales.

“Históricamente el derecho penal ha fluctuado entre dos intereses opuestos: el del estado de castigar los delitos, y el del justiciable en relación con los derechos y garantías que le son debidos”. La máxima es buscar un equilibrio entre las prerrogativas del estado, su facultad punitiva y las garantías y derechos de los individuos, la cual se ha logrado con la garantía del debido proceso.

La presunción de inocencia es un principio de orden constitucional, por lo tanto, integra el conjunto de garantías que gozan todos los habitantes del Estado Plurinacional de Bolivia.

¹⁶ CLAIRA OLMEDO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Pg. 232.

¹⁷ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Res. 217 A (III), de 10 de diciembre de 1978.

6.2.- ORIGENES Y ANTECEDENTES HISTORICOS.

Para algunos autores su génesis se encuentra en la Revolución Francesa de 1789 con la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, ya que en ella se consagró por primera vez la presunción de inocencia como una garantía procesal para los procesados o inculcados de hechos delictuosos. Aquella declaración en su artículo noveno sentencio “presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la Ley”.

Verdaderamente tal afirmación fue en forma directa y concreta, la reacción al régimen inquisitivo que imperaba en aquella época con anterioridad a la revolución.

El fundamento histórico de la norma remite a la Revolución Francesa y reconoce entonces una raíz poderosa: la de impedir que los sometidos a proceso fueran tratados como verdaderos reos del delito considerado como una suerte de protección contra los excesos represivos de la práctica común, el principio se constituyó, en un desarrollo posterior, en un freno a los desbordes policiales y judiciales, fortaleció la idea de que la inocencia presumida de todo acusado sólo podía ser desestimada a través de una imputación fundada en pruebas fehacientes que no dejaran duda de la responsabilidad y que esa prueba debía ser aportada por los órganos de la acusación, porque el acusado no necesita acreditarla.

A raíz de este dogma imperativo nacido de la Revolución Francesa, que actualmente continua teniendo plena vigencia y operatividad, algunos autores han sostenido por una parte, que a favor del imputado existe una presunción de inocencia que lo ampara durante la sustanciación del proceso; otros en cambio consideran que esa presunción sólo podría aceptarse en algunos casos; y otros simplemente, la impugnan, la rechazan, alegando que se trata de un absurdo nacido del empirismo francés.

No obstante, no existe discusión en la doctrina en aceptar que dicha presunción se halla plasmada a nivel supranacional en documentos internacionales como Convenciones y Declaraciones de Derechos humanos, como aquella que expresa que: *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad (...)”*¹⁸

Hacia finales del siglo XIX y principios del siglo XX surgieron corrientes encontradas, sobre todo aquellas que rechazaban en forma absoluta la existencia de tal presunción a favor del imputado, así encontramos a los doctrinarios Italianos; entre ellos Garófalo el que consideraba que el principio debilita la acción procesal del Estado, porque constituye un obstáculo para tornar eficaces resoluciones en contra de los investigados, especialmente en materia de prisión preventiva, hasta favorecer la libertad de los imputados, aún cuando ello pudiera constituir un peligro común y una provocación a la víctima del delito, aún cuando la culpabilidad fuese evidente por confesión o flagrancia.

Sencillamente basta pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instrucción y en el hecho mismo de la imputación. Si el hecho de la imputación tiene por presupuesto suficientes indicios de delincuencia, ella debería constituir por lo menos, una presunción de culpabilidad; razón por la cual resulta un absurdo admitir justamente lo contrario, esto es, la presunción de inocencia.¹⁹

Si bien estas doctrinas italianas negaron categóricamente validez a la presunción objeto de estudio en la presente tesis, se hace necesario aclarar que aquellas se han ido modificando con el transcurso del tiempo, volviéndose más laxas, al punto de establecer la Constitución Italiana: promulgada el 22 de Diciembre de 1949; en su segunda cláusula que no se considera culpable al encausado hasta su sentencia definitiva.

¹⁸ Declaración de los derechos Humanos, Artículo 11.

¹⁹ MANZINI, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Pg. 252 y 253.

De todas aquellas posturas impugnadoras de la presunción, aparece una tesis afirmativa, la cual ha intentado conciliar sus ideas favorables al principio de inocencia con las medidas restrictivas de la libertad; explicando que: *“no existe una presunción absoluta de inocencia, porque en la mayoría de los casos el procesado resulta finalmente culpable, sino que existe un estado jurídico de imputado, el cual es inocente hasta que sea declarado culpable por una sentencia firme y esto no obsta, a que durante el proceso pueda existir una reasunción de culpabilidad capaz de justificar medidas coercitivas de seguridad”*.²⁰

6.3.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO GARANTÍA PROCESAL Y SU IMPORTANCIA.

6.3.1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En forma preliminar es necesario ubicar la garantía objeto del presente capítulo en su fuente legislativa tanto en su nivel de derecho interno como internacional, estando ésta contenida en el artículo 116 de la Constitución Política del Estado, que señala: *“Se garantiza la presunción de inocencia...”*, ley supra del ordenamiento jurídico del Estado Plurinacional de Bolivia, conjuntamente con los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución por los Art. 13 párrafo IV y Art. 14 párrafo III, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre que contiene la citada garantía en el artículo 26, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que la desarrolla en el artículo 11 punto 1 y finalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el artículo 8, punto 2.

No obstante lo señalado, conviene añadir que el catálogo de garantías y derechos vigentes en Bolivia no se reduce a los consagrados por el texto constitucional sino que se extienden a aquéllos que recogen los convenios y pactos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado boliviano (a los que de manera genérica

²⁰ VELEZ Mariconde, Estudios de derecho Procesal Penal, Tomo II, Pg. 20 y siguientes.

les denominaremos pactos); máxime si los mismos, como lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tienen jerarquía constitucional, al entender que forman parte del bloque de constitucionalidad (así, SSCC 1662/2003-R, 1494/2003-R y 1494/2004-R). En consecuencia, en la hermenéutica interpretativa, también se considerará, en lo pertinente, los derechos consagrados en los referidos pactos.²¹

El Código de Procedimiento Penal también a dedicado especial atención al tópico, así la garantía de presunción de inocencia se encuentra contenida en el artículo 6, que señala: *“todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada.”*

6.3.2.- LA GARANTÍA COMO DERECHO DE GRADA CONSTITUCIONAL.

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

De la Constitución Política del Estado surge que no se puede tratar como culpable a una persona a quién se le atribuya un hecho punible cualquiera sea el grado de verosimilitud en la imputación, hasta que el Estado, por medio de sus órganos pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena.

Este postulado básico se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico procesal, instituido como garantía jurisdiccional constitucional en el Art. 116 de la Constitución Política del Estado, que dice: *“Se garantiza la presunción de inocencia...”*. El principio está dirigido a conservar el estado de inocencia de la persona durante todo el trámite procesal. La vigencia del principio determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable, menos como delincuente, mientras no exista

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Constitucional 0012/2006-R, de 04 de enero de 2006.

una sentencia condenatoria que adquiriera la calidad de cosa juzgada formal y material. Esto implica que únicamente la sentencia condenatoria firme es el instrumento idóneo capaz de vencer el estado de presunción de inocencia del procesado.²²

Esta garantía es propia de un Estado de Derecho y forma parte del sistema de enjuiciamiento que tenemos en Bolivia; además que se deriva de la garantía del juicio previo, tal como he enunciado en la introducción del capítulo.

Dicha garantía es la que inspira al proceso penal de un Estado Democrático. La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculpado durante el proceso penal es en principio considerado inocente.

Este desarrollo histórico se condensa posiblemente de una manera especialmente significativa en las conclusiones del tema III del XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional del Derecho Penal (AIDP) (Hamburg, 1979), entre las que se sostuvo que "la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal, que se integra, por lo menos, de los siguientes puntos: (...) d) en la duda, la decisión definitiva debe ser la más favorable al inculpado".²³

La presunción de inocencia es muy importante en nuestro sistema de justicia, además denota un alto grado de democracia y de civismo. El derecho de la presunción de inocencia es de avanzada, ya que por ejemplo, en Europa donde domina el Derecho Anglosajón, la presunción de inocencia no existe. En Europa el sospechoso o acusado tiene la obligación de probar su inocencia.

En nuestro sistema de justicia en cambio, el sospechoso o acusado no se encuentra obligado a probar su inocencia, ya que por el contrario, es el Estado el que tiene la responsabilidad de probar la comisión del delito.

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Constitucional 0012/2006-R, de 04 de enero de 2006.

²³ BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal y Estado de Derecho, Pg. 184.

Los Estados tienen no solo el derecho sino también la obligación de combatir la violencia en el marco del respeto de la legalidad, de los derechos humanos y del estado democrático de derecho. No todas las limitaciones a los derechos humanos constituyen por lo tanto una violación a los mismos. No obstante, es menester recordar que debe existir un justo equilibrio entre el goce de las libertades individuales y el interés general en torno a la seguridad nacional.

La Corte Interamericana ha sido clara al respecto al manifestar que: *“(...) Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral.”*²⁴

Asimismo aquel órgano internacional también ha sostenido que: *“el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”,* agregando también que *“el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”*.²⁵

6.4.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: CONCEPTO.

Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable. *“Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, aún cuando con respecto*

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia N° 52 de 30 de mayo de 1999.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-8/87, de 30 de enero de 1987.

*a ellos se haya abierto causa penal y cualesquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de este (...)*²⁶

El mencionado principio es aquel conforme el cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador. La garantía es a “ser tratado como inocente”, lo cual no implica que de hecho lo sea, y es por ello que dicha garantía subsiste aunque el juzgador posea total certeza de su culpabilidad; ya que en la realidad una persona es culpable o inocente al momento de la comisión del hecho delictuoso.

El imputado goza durante el proceso penal de la situación jurídica de un inocente. Así es un principio de derecho natural, que se encuentra plasmado en nuestra Constitución Política del Estado, aquel que indica que, nadie puede ser penado sin que exista un proceso en su contra seguido de acuerdo a los principios de la ley procesal vigente. Ahora bien, a este principio corresponde agregar, la regla de la presunción de inocencia, la cual se resuelve en el enunciado que expresa que todo imputado debe ser considerado como inocente hasta que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada afirme lo contrario.

El Tribunal Constitucional Plurinacional el respecto establece: *“Es necesario recordar que de acuerdo con la presunción de inocencia, el estado normal del imputado es el pleno goce de sus derechos constitucionales, esto se mantiene incólume, mientras que no exista una sentencia que establezca la existencia de los supuestos de responsabilidad penal que se le atribuyen. Precisamente el objetivo del proceso es establecer, por medio de una sentencia si se dan o no las condiciones que habilitan la afectación de los mismos por medio de una pena”*.²⁷

²⁶ CLAIRA Olmedo, Tratado de derecho Procesal Penal, Tomo I, Pg. 230.

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 0719/2004-R

La inviolabilidad de la defensa en juicio exige que el imputado sea tratado “como un sujeto de una relación jurídico procesal”, contraponiéndose a que sea tratado como un objeto pasivo en la persecución penal, o sea una persona con el rótulo de inocente al cual se le nutre de determinados derechos para poder responder a la acusación a la cual deberá enfrentar.

6.5.- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO DE LA DUDA.

Es claro que para el Derecho Procesal Penal es necesario, y así lo exige la exigencia de una sentencia condenatoria con la consecuente aplicación de una pena, para que esta presunción se desvanezca. Para el Juez la duda y/o probabilidad impiden la condena, y acarrea la absolución.

Así es como que la duda y la certeza son dos caras de una misma moneda que se resuelven solo en la certeza porque cuando el Juez decide no duda sobre la solución que debe dar al caso, sino que tiene la certeza y la expresa.

En el mismo sentido se ha expresado que la presunción de inocencia está directamente relacionada con el Principio de la duda, como lo señala el Art.116 de la C.P.E. *“Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá las más favorable al imputado o procesado.”* Se trata de diferentes expresiones que conciernen a otras tantas garantías propias del derecho penal liberal e integrantes del concepto más amplio y abarcador del debido proceso.

El imputado es sólo eso, un sospechoso, el sujeto pasivo del proceso y únicamente la prueba puede definir su situación. Así es como la presunción de inocencia se afirma claramente en el momento de la decisión, ya que la duda, la falta de certeza, implica la sentencia favorable al imputado. Para la condena es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente.

6.6.- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA PROBATORIA.

Asimismo la precitada garantía implica para el imputado de un hecho delictivo la inversión de la carga probatoria, ya que el acusador deberá demostrar y hacer cesar a través de las pruebas a dicha presunción. Dicho de otra manera, la garantía de inocencia se conecta directamente con 2 principios básicos del proceso penal: principio de legalidad y principio acusatorio.

Algunos autores han expresado que *“El principio de legalidad obliga al Ministerio Fiscal a promover la acción pública en cuanto aparezcan indicios materiales de criminalidad y el principio acusatorio, separa radicalmente a la autoridad encargada de la instrucción de la llamada a enjuiciar y dictar sentencia (...).”*²⁸ En nuestro Código de Procedimiento Penal, el Art. 6 párag. III, señala: *“La carga de la prueba corresponde a los acusadores y se prohíbe toda presunción de culpabilidad.”*

La garantía de presunción de inocencia se complementa y enriquece con la prohibición de toda presunción de culpabilidad prevista por la presente disposición y con la obligatoriedad que se impone a los acusadores en cuanto a la carga de la prueba; vale decir, en probar por medios lícitos la existencia del delito o la conducta punible. Asimismo en virtud del principio de objetividad prescrito por el Art. 72 de este código y 5 de la L.O.M.P., corresponde a los fiscales no solo tomar en cuenta las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado.²⁹

Es el principio Omus Probando, por el cual, por el carácter público y el interés común que detenta el derecho penal, es al Estado sobre quien recae la carga probatoria tendiente a demostrar la responsabilidad penal y su correspondiente reproche de culpabilidad que le cabe al imputado; este no tiene la obligación de probar su inocencia, dado que goza de una situación jurídica que no necesita ser construida, sino

²⁸ HASSEMER, Winfried, Fundamentos del derecho Penal, Pg. 198.

²⁹ ESPINOZA CARVALLO, Clemente, Código de Procedimiento Penal, Pg. 40.

todo lo contrario, ella debe ser destruida para que la presunción de inocencia se desvanezca.

6.7.- LA PROBLEMÁTICA CON EL INSTITUTO DE LA DETENCION PREVENTIVA.

La mentada presunción de inocencia no impide la adopción de las medidas cautelares de carácter personal como ser el arresto, aprehensión, incomunicación, detención preventiva y medidas sustitutivas a la detención preventiva. De lo contrario podría frustrarse el cumplimiento de lo decidido, su tolerancia radica en no considerarlas como un anticipo de pena.

La prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del principio de presunción de inocencia reconocido por el artículo 8 punto 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Cabe precisar, sin embargo, que la existencia de un ambiente de creciente sospecha contra una persona en el curso del proceso criminal no es "per se" contraria al principio de presunción de inocencia. Tampoco lo es el hecho que esta sospecha creciente justifique la adopción de medidas cautelares, como la detención preventiva, sobre la persona del sospechoso.

El principio consagra un estadio jurídico, y no una presunción legal, el imputado es inocente hasta que sea declarado culpable por sentencia firme, y aquello no obsta a que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad por parte del juez capaz de justificar ello medidas cautelares ya sean de carácter personal o de carácter real.

En segundo lugar, si se parte de la base que toda persona es inocente hasta que exista una sentencia firme que lo declare culpable, toda restricción a su libertad ambulatoria, solamente se puede basar a título de medida de seguridad o de cautela. *“Las medidas cautelares en general, bien podrían denominarse medidas provisionales restrictivas y de*

aseguramiento del imputado, ya que tienden a prevenir la consecución de un determinado fin o precaver lo que pudiera dificultarlo".³⁰

Para ser más exactos siempre debe mediar, que se compruebe la necesidad, efectiva y actual, de evitar el peligro de un daño jurídico; ya sea por la presumible realización de actos capaces de entorpecer la investigación y recolección de pruebas; o por eludir el accionar de la justicia; o por que pueda continuar con la ejecución hechos que alteren el orden jurídico.

La restricción a la libertad individual sólo puede ser ejercida por el órgano jurisdiccional, mediante interpretación taxativa de la ley; siempre que se verifique concretamente dicha necesidad, auscultando la naturaleza y gravedad del delito, las condiciones morales, sociales y económicas del imputado y sus antecedentes.

Por lo tanto durante el curso del procedimiento el imputado no puede ser tratado como un sujeto culpable. Sin embargo tal afirmación no se puede sostener, dado que durante la sustanciación del proceso no se elimina la coerción estatal. Así el reconocimiento de tal garantía, no impide la aplicación y regulación de medidas de coerción, todo ello antes del dictado de la sentencia firme de condena.

Coerción, así observada, es el medio organizado por el derecho para que el Estado intervenga en el ámbito de libertad de las personas y, cuando nos referimos a la coerción procesal, aquella que se practica con el fin de asegurar la realización del proceso de conocimiento, para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia.

7.- GARANTÍA DEL JUICIO PREVIO.

La Constitución Política del Estado en su Art. 117 consagra que: *"Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso"*.

³⁰ ESPINOZA CARVALLO, Clemente, Código de Procedimiento Penal, Pg. 41.

El enunciado de este principio, conocido como garantía del juicio previo, es bastante amplio, pero a su vez expreso. La mentada garantía está relacionada directamente con el principio de legalidad, por el cual toda persona tiene derecho a que se le juzgue conforme, no sólo a una ley que establezca previamente el delito y la pena, sino también a una ley que señale el procedimiento a seguir.

Lo expresado representa la aplicación del principio “nullum crimen, nullapoena sine lege”, el cual implica que nadie puede ser condenado sin ley que cree el tipo delictivo y que adjudique la pena consiguiente. Por lo expresado es que los delitos que carecen de pena no fundan constitucionalmente una posible sanción penal.

No obstante, el cumplimiento de aquel principio de legalidad implica que la ley debe ser “previa” al proceso; corolario basado en la irretroactividad de la ley.

El juicio previo en materia penal no es más que la aplicación del principio del debido proceso ante los jueces naturales. Ello quiere significar que nadie puede ser condenado sin la tramitación de un juicio en el cual se cumplan las etapas fundamentales requeridas por el debido proceso legal; esto es: Etapa Preliminar; Etapa Preparatoria; Etapa del Juicio Oral, Público y Contradictorio, que contiene acusación, defensa, prueba y sentencia.

El referido juicio previo es una garantía básica, una fórmula sintética que señala el punto de máxima vigencia de todas las garantías constitucionales referidas al derecho y al proceso penal.

La primera derivación de esa garantía es el mandato constitucional de que nadie puede ser considerado culpable sin una sentencia, obtenida en un juicio que lo declare como tal (presunción de inocencia). Es decir que toda persona es inocente, y así debe ser tratada mientras no se declare en una sentencia judicial su culpabilidad.

Juicio previo y principio de inocencia se encuentran íntimamente vinculadas y por tal razón se han destacado como garantías básicas del proceso penal. A partir de ellas y sobre ellas comienza a construirse el escudo protector frente al poder arbitrario, que es el cometido de todas las garantías que juegan en el proceso penal.

8.- LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

El Derecho de los Tratados, es una rama del Derecho Internacional Público, cuyas normas determinan el procedimiento de conclusión y las condiciones de validez, vigencia y terminación de los Tratados Internacionales.

En la Conferencia de las Naciones Unidas Reunida en Viena el año 1969, se adoptó la Convención sobre el Derecho de Tratados Internacionales, que reglamenta el orden de concertación de los Tratados Internacionales, su entrada en vigor, cumplimiento, aplicación e interpretación, las enmiendas y el cambio de los Tratados y sus consecuencias, el depositario, la notificación, la corrección y el registro. El Derecho de los Tratados abarca toda clase de Tratados Internacionales, cualquiera sea su forma, materia y procedimiento de conclusión.³¹

8.1.- CONCEPTO.

El Tratado Internacional es un acuerdo expresado formalmente entre sujetos del Derecho Internacional Público mediante el que se establece, enmienda o termina un vínculo jurídico que crea derechos y obligaciones recíprocas.

El término Tratado Internacional, es un concepto genérico, que abarca diversos tipos, como acuerdo, pacto, convención, declaración, protocolo, etc... Cualquiera sea su denominación, todos los Tratados Internacionales tienen igual fuerza jurídica.³²

³¹ TRIGO PAZ, Jaime, Manual de derecho Internacional Público, Pg. 159.

³² TRIGO PAZ, Jaime, Manual de derecho Internacional Público, Pg. 160.

El Tratado Internacional es un sistema único de normas que se relacionan estrechamente. De ahí que el tratado internacional debe ser considerado y estudiado como un todo, en su conjunto, en el que las disposiciones son obligatorias para las partes que lo suscriben.

8.2.- CLASIFICACION.-

La clasificación más común y usada por su carácter formal, es la que reconoce la existencia de Tratados Bilaterales y Tratados Multilaterales. Los primeros son los celebrados por dos sujetos del Derecho Internacional Público. Los segundos, aquellos en los que intervienen varios sujetos del derecho Internacional Público.

También se distinguen los Tratado-Contrato y los Tratado-Ley. Los Tratado-Contrato son los que imponen una conducta, la realización de un negocio jurídico, como los Tratados de Límites, los de Comercio, de Cesión de Territorio, etc. Los Tratado-Ley, llamados, también normativos, tiene por objeto crear una norma de derecho que reglamenta la conducta de las partes, así tenemos a la Carta de San Francisco, que norma las actividades de las Naciones Unidas.

8.3.- FORMA.

En la práctica internacional, el nombre y la forma de los documentos internacionales, no tiene mayor significación jurídica, ya que no existe un criterio definitivo para su uso. La forma depende de lo que acuerden las partes que lo suscriben.

Los elementos principales que estructuran los Tratados Internacionales, desde el punto de vista formal, son tres: el preámbulo, la parte central y la parte final. Algunos Tratados Internacionales están acompañados de anexos, que son una parte complementaria de los convenios.

Los Tratados Bilaterales se redactan, generalmente, en el idioma de las partes contratantes, es decir los textos son iguales.

Los Tratados Multilaterales se redactan, de ordinario, en los idiomas que han alcanzado más difusión en el mundo: inglés, francés, ruso, español.

El vocablo “Tratado” comprende las más variadas vinculaciones entre los sujetos del derecho Internacional Público, sean de carácter bilateral o multilateral. (Tratados de Paz, Tratados de Comercio. Etc.)

El término “pacto” se usa en el caso de compromisos entre Estados, sobre algunos aspectos de las relaciones políticas.

El vocablo “acuerdo” se aplica a los compromisos interestatales firmados en nombre de un gobierno o por sus delegados. El acuerdo por lo general no necesita ratificación.

La expresión “Modus vivendi” es el nombre de un acuerdo temporal, que espera ser sustituido por un Tratado.

El enunciado “Convenio” es un término que indica un compromiso destinado a regular las relaciones exteriores en algún terreno concreto entre dos o más Estados.

La palabra “Declaración” se aplica a una afirmación sobre temas específicos, como ser: políticos, económicos, jurídicos. Hecho por sujetos del Derecho Internacional Público.

La expresión “compromiso” es un acuerdo entre partes para someter un litigio al arbitraje de una persona, un país o un Tribunal Internacional.

El término “estatuto” es el nombre con el que se designa a los documentos colectivos internacionales constitutivos. Así tenemos a la Carta de San Francisco, que es el Estatuto de las Naciones Unidas.

La expresión “intercambio de notas”, contiene el procedimiento para llegar a un acuerdo por medio de cartas similares, intercambio de textos, etc.

El vocablo “protocolos de las conferencias internacionales”, son documentos cuyos nombres se incluyen en esta catalogación, cuando llevan la firma de los participantes.

Finalmente el término “acta” es aplicable a las obligaciones internacionales contraídas por los Estados con relación a normas jurídicas aplicables a aspectos concretos de la vida internacional.

8.4.- LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.

El estudio de los tratados Internacionales sobre derechos humanos es propio del derecho constitucional. A fin de efectuar un análisis integral y profundo de las garantías constitucionales en el proceso penal es menester dilucidar el sentido y alcance del rango constitucional del que gozan.

En cuanto al fundamento del otorgamiento del rango constitucional a estos tratados, el convencional argentino Juan P. Cafiero señalaba que “otorgar jerarquía constitucional a estos instrumentos es situar al ser humano por sola condición de tal en el centro de la tutela del orden jurídico. Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, conforman una obligación para todos, erga omnes y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del derecho.

En cuanto al alcance de la expresión “jerarquía constitucional”, de que gozan los tratados sobre derechos humanos, se ha confirmado que esto significa que se encuentran en pie de igualdad con la Constitución; no es que la integren estrictamente sino que la complementan en igualdad de rango”.

La jerarquía constitucional de estos pactos internacionales se proyecta en materia penal, ya que las garantías de naturaleza penal que contienen deberán aplicarse sin ningún tipo de limitación en nuestro sistema penal, pues estas garantías gozan del mismo rango constitucional que las establecidas en la parte dogmática de la

Constitución,³³ sin embargo la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su Art. 410, los tratados internacionales están debajo de la constitución.

Gran parte de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos tutelan a la garantía de presunción de inocencia precautelando que no se viole este y otros derechos fundamentales que goza toda persona.

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son reconocidos y aceptados universalmente, pero, no siempre han sido respetados.

Han pasado muchos siglos para que el hombre goce y disfrute de los derechos y libertades que le pertenecen por su condición de ser humanos. Ha sido necesaria la divulgación de principios filosóficos y dos mil años de cristianismo para que desaparezca la esclavitud como institución social, económica y el hombre tome conciencia de su dignidad.

8.4.1.- LA CARTA DE SAN FRANCISCO.

Según la Carta Constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobada en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945, es propósito del Organismo Internacional promover “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades”.³⁴ Ese propósito se expresa reiteradamente en el preámbulo del Estatuto de las Naciones Unidas.

8.4.2.- DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en Paris, Francia, el 10 de diciembre de 1948. En ese instrumento se definen y detallan los derechos políticos, civiles, económicos,

³³ MELGAREJO DEL CASTILLO, Rodolfo, Garantías Constitucionales en el Proceso Penal Boliviano, Pg. 6 y 7.

³⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Carta de San Francisco, Inc. C, Art. 55.

sociales y culturales del hombre. Muchos de esos derechos y de esas libertades ya fueron proclamados el siglo XVIII por la Revolución Francesa, tales como el derecho a la vida, la libertad, la seguridad de las personas, la libertad de pensamiento y de conciencia, etc.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un abanico de derechos y libertades que en la práctica internacional adquiere carácter relevante por constituir el documento de más hondo contenido humano.

Los Derechos Humanos y las libertades fundamentales proclamados son los siguientes:

- El derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas.
- La prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos.
- La prohibición de infligir tortura y tratos crueles.
- La igualdad ante la ley.
- ***El derecho a que se presuma la inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.***³⁵
- La libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- El derecho a la propiedad y a no ser privado arbitrariamente de ella.
- El derecho al trabajo y a sindicalizarse.
- El derecho a la educación y a tomar parte en la vida cultural de la negación.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es una recomendación y como tal, no puede ser impuesta a los Estados que la suscriben. De ahí que la Asamblea general encarga a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) la preparación de los Tratados Internacionales que recojan los principios

³⁵ DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Art. 11.

enunciados y hagan efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales en todo el planeta.³⁶

Son varios los pactos adoptados sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales. Todos confirman el derecho de los pueblos a la autodeterminación y recomiendan y obligan a las altas partes que los suscriben, a la aplicación de los derechos y libertades reconocidos en los pactos, a través de las legislaciones internas.³⁷

8.4.3.- DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

Aprobada como recomendación por la IX Conferencia Interamericana, reunida en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948; fue incluida en el Acta Final de la Conferencia. La presente Declaración tiene inmerso a la garantía constitucional de presunción de inocencia en su Art. XXVI, y además de la protección de la detención arbitraria.

Artículo XXV.- (Derecho de protección contra la detención arbitraria)

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes existentes.

Artículo XXVI.- (Derecho a proceso regular)

Se presume que todo encausado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y publica, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infames o inusitadas.

³⁶ TRIGO PAZ, Jaime, Manual de Derecho Internacional Público, Pg. 207.

³⁷ TRIGO PAZ, Jaime, Manual de Derecho Internacional Público, Pg. 207.

8.4.4.- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmada del 7 al 22 de Noviembre de 1969, en San José de Costa Rica y aprobada por Decreto Supremo 16575 de fecha 13 de Junio de 1979 y elevada a rango de Ley N° 1430 por Bolivia en fecha 11 de febrero de 1993, que tutela la garantía de presunción de inocencia en su Art. 8, que de forma textual señala:

Artículo 8.- (Garantías Judiciales)

- 1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
- 2) **Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad durante el proceso,** toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías:
 - a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) concusión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo no nombrara defensor dentro de un plazo establecido por Ley;

- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.
- 3) La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 - 4) El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 - 5) El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

8.4.5.- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmada en Nueva York el 19 de Diciembre de 1966, aprobada por Bolivia por Decreto Supremo 18950 de fecha 17 de Mayo de 1982 y posteriormente elevada al rango de Ley N° 2129 de fecha 11 de Septiembre de 2000, que también tutela a esta garantía de presunción de inocencia en su Art. 14 Inc. 2.

Artículo 14.-

- 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el publico podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad

democrática, o cuando lo exija el publico o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia es materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a los pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. **Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a Ley.**
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.
 - c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas.
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley.
 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada conforme a la Ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país.

CAPITULO N° II

EL DERECHO DE CASTIGAR Y LA GARANTIA DE PRESUNCION DE INOCENCIA

CAPITULO N° III

**LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES**

1.- APROXIMACIÓN AL TEMA.

Uno de los aspectos más notoriamente intimidantes de la respuesta penal lo constituye, sin duda alguna, el carácter coercitivo de las actuaciones. Si bien no puede ignorarse la evolución histórica, que puede entenderse como una paulatina reducción de las coerciones hacia el imputado, el considerado sigue constituyendo el punto más supremo del enjuiciamiento penal.

Desde los tiempos de la inquisición en los que el reo era un mero objeto de la implacable averiguación que tendía a obtener la confesión y para ello apelaba a la privación de la libertad, al confinamiento en condiciones de duro aislamiento, a la intimidación y a la deliberada imposición de dolor a través del tormento legal. Las reformas legales tuvieron como eje limitar y racionalizar tales modos de actuación, que sobre el particular se dieron progresos significativos y que dentro de la gran parte de los diseños procesales, la regla es la libertad durante el proceso penal y la de la des absoluta desclasificación de todas las medidas coactivas de índole aflictiva.

Sin ninguna duda, la cuestión de las medidas asegurativas, ocurridos en los primeros momentos de los procedimientos penales presentan un punto crítico dentro del desarrollo del enjuiciamiento penal, ya que esta respuesta, que con frecuencia a cargo del personal policial, se han producido las intromisiones, más notorias en la campo de la privacidad de los individuos investigados y donde han ocurrido grandes violaciones a los derechos y garantías constituciones de las personas. Precisamente la necesidad de impedir tales abusos a generado una rica doctrina, tanto teórica, como judicial, a la que se hizo referencia y a la que toca hacer referencia en este capítulo, pero es indudable que la rápida y eficaz capacidad de respuesta ante la noticia del delito depende en la mayoría de los casos el éxito de la posterior tarea, que la faz asegurativa como las medidas cautelares resulta una necesidad propia de los procedimientos penales, ya que de no contar con esas medidas, convertiría en ilusoria la actividad penal.

2.- LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares en general, bien podrían denominarse medidas provisionales restrictivas y de aseguramiento del imputado, y que tienden a prevenir la consecución de un determinado fin o precaver lo que pudiera dificultarlo.³⁸

Las medidas cautelares son instrumentos procesales que se imponen durante el curso de un proceso penal, con el objeto de restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas.

Estas medidas son cautelares porque tienden a evitar los peligros de obstaculización del proceso y buscan asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena. Si luego de comprobada la culpabilidad del imputado en juicio éste pudiera sustraerse al cumplimiento de la sanción, la justicia se vería burlada y la sociedad perdería la confianza en el derecho.

“Los actos coercitivos afectan por regla general al imputado, a quien se puede restringir en el ejercicio de sus derechos personales (por ejemplo, allanando su domicilio, abriendo su correspondencia, privándolo de su libertad de tránsito o locomoción, etc.) o patrimoniales (por ejemplo, embargando sus bienes). Pero también puede afectar a terceros, como por ejemplo al testigo que se ve obligado a comparecer a declarar, la víctima de lesiones que debe someterse a un examen corporal o el propietario de la cosa hurtada que se ve privado temporalmente de su uso y goce mientras permanece secuestrada con fines probatorios.”³⁹

³⁸ ESPINOZA CARVALLO, Clemente, Código de Procedimiento Penal, Pg. 41.

³⁹ CAFFERATA NORES, José I., Medidas de Coerción en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, Edic. Depalma, 1992 Bs. As., Pg. 4

2.1.- FINALIDAD.

Las medidas cautelares tienen la finalidad de garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia.

Teniendo por finalidad prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pudiera dificultarlo, las medidas cautelares constituyen medidas restrictivas a la libertad y de aseguramiento del imputado para que responda al proceso.⁴⁰

La tratadista española BARONA VILAR, al ser citada por Clemente Espinoza, señala que: “el fundamento de las medidas cautelares en el proceso penal, no es otro que el de garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria”.⁴¹ Por lo que se comparte, ya que las medidas cautelares, tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de una sentencia probable o posiblemente condenatoria a imponerse contra del imputado.

Al respecto el Tribunal Constitucional Plurinacional señala como finalidad y alcance de las medidas cautelares lo siguiente: *“El legislador atendiendo el mandato implícito en la Constitución, de que toda restricción al derecho a la libertad sea en la medida de lo necesario por su utilidad para la consecución de fines constitucionalmente justificados, previa ponderación de los intereses en juego: presunción de inocencia y eficacia de la persecución penal, opto por otorgar a las medidas cautelares de naturaleza personal, únicamente fines de utilidad procesal (efectividad del proceso y de la ejecución de la sentencia).⁴² Asimismo dicho Tribunal señala: “Por tanto, las medidas cautelares de naturaleza personal, que se constituyen en una posibilidad excepcional de afectar esa situación normal y general, con fines estrictamente de utilidad procesal; pues resultan*

⁴⁰ ESPINOZA CARVALLO, Clemente, Código de Procedimiento Penal, Pg. 210.

⁴¹ ESPINOZA CARVALLO, Clemente, Código de Procedimiento Penal, Pg. 210.

⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 0012/2006-R.

justificables en la medida en que son necesarias, para llevar adelante el proceso y para asegurar el cumplimiento que se tome en la sentencia.”⁴³

“ARTICULO 221º.- (FINALIDAD Y ALCANCE).- (CPP)

La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, 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.”

Así, como quedó precisado, por el Código de Procedimiento Penal las medidas cautelares tienen un carácter instrumental y están dirigidas a lograr la eficacia de la coerción penal estatal, al intentar asegurar con su aplicación: 1) la averiguación de la verdad, 2) el desarrollo del proceso penal, y 3) el cumplimiento de la ley (ejecución de la sentencia); todo ello bajo la idea de que sin su adopción, la labor de defensa social del Estado, expresada en la persecución penal, no sería de modo alguno eficaz; diferenciándose así, plausiblemente, de otras legislaciones que le asignan además de aquellos, fines de prevención general y especial.

En coherencia con lo expresado, en la parte in fine del segundo párrafo del mismo art. 221, se precisa que las medidas “...sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación”, agregando el Art. 222 del mismo código adjetivo que “Las medidas cautelares de carácter personal, se aplicarán con criterio restrictivo y se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados”.

2.2.- CLASES.

Existen dos clases de medidas cautelares; las de carácter personal y las de carácter real.

⁴³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 0719/2004-R.

- I) **Las medidas cautelares de carácter personal**, tienen como finalidad asegurar la presencia del imputado en el juicio y evitar que obstaculice la averiguación de la verdad (Así lo señala el Nuevo Código de Procedimiento Penal -NCP- Arts. 221 par. I y III, 225, 226, 227, 231, 233 inc.2, 240).⁴⁴
- II) **Las medidas cautelares de carácter real** tienen como finalidad garantizar la reparación del daño y el pago de costas o multas. (Art. 252 par. I). Las medidas cautelares sobre bienes sujetos a confiscación o decomiso tienen como finalidad asegurar que dichos bienes queden a efectos de prueba en el proceso. (Art. 54 inc. 7 y Art. 253).⁴⁵

“La coerción personal es una limitación a la libertad física de la persona; la coerción real importa una restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio. Ambas tienen en común la finalidad de garantizar la consecución de los fines del proceso y pueden afectar... al imputado o a terceros.”⁴⁶

3.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Es importante conocer las características generales de las medidas cautelares, porque esto ayuda a entender mejor el sentido de las mismas y saber aplicarlas con mayores criterios de justicia. Además, también es importante conocer cuáles son las características intrínsecas de las mismas, es decir, la “camisa de fuerza” que impide que sean aplicadas arbitrariamente.

Se pueden destacar como principios o características generales de las medidas cautelares o de aseguramiento los siguientes:

⁴⁴ Se aclara que los Art. 226, 233 y 240 del CPP, fueron modificadas por la Ley 007 de 18 de mayo de 2010

⁴⁵ Se aclara que los Art. 252, 253 y 54 del CPP, fueron modificadas por la Ley 007 de de mayo de 2010

⁴⁶ CAFFERATA NORES, José I., Medidas de Coerción en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, Edic. Depalma, 1992 Bs. As., Pg. 4

- **Excepcionalidad**, en vista del derecho a la libertad personal y al principio de presunción de inocencia (que veremos con más detalle cuando analicemos la detención preventiva), la regla sería la libertad y la excepción la aplicación de la medida cautelar, y ésta nunca procedería de manera generalizada, así lo establece el Art. 7 del CPP, cuando señala que las medidas cautelares establecidas en este código será excepcional.

La principal exigencia que deriva del principio de excepcionalidad es la de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción menos lesivas, distintas a la privación de libertad. Esta característica es la más importante de las medidas cautelares, por cuanto el Código de Procedimiento Penal, otorga prevalencia a la libertad personal como bien superior de la persona y la prohibición de culpabilidad contenida en el Art. 6 del CPP, revaloriza la presunción de inocencia del imputado.

Esta característica, ha resultado profundamente afectada por la Ley Nº 007 de 18 de Mayo de 2010, con las modificaciones hechas en un principio por la Ley 2494 de 4 de agosto de 2003, y posteriormente por la Ley 007 cuando modifican los Art. 234 y 235, modificaciones que constituyen una prueba clara de falta de práctica e improvisación legislativa.

- **Proporcionalidad**, porque deben estar en adecuada relación con el hecho que se imputa y con lo que se busca garantizar. Esto implica una limitación en cuanto a su adopción, y están condicionadas a cumplir el fin pretendido, vale decir, para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la Ley.

“La violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión... si se trata de delitos que tienen

previstas penas menores o penas de multa leve, resulta claramente inadmisibles la aplicación de la prisión preventiva. Si en el caso concreto se espera una suspensión de la pena, tampoco existiría fundamento para encarcelar preventivamente al imputado.”⁴⁷

- **Empleo de la fuerza pública**, para imposición de una medida cautelar, que implica que se puede hacer uso de ésta para detener a un ciudadano (detención preventiva) o puede amenazarse con aplicar la fuerza para hacer cumplir el mandamiento respectivo (ejemplo, citación bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública en caso de negativa a hacerlo).
- **Instrumentalidad**, es la nota característica común a todas las medidas cautelares en general, por cuanto estas no son autónomas y no tienen existencia por sí mismas. Su existencia está condicionada a un nexo que las liga al proceso principal, al cual están destinadas, garantizando la efectividad de su resultado.

Como se señaló al hablar del concepto de medida cautelar, este instituto eminentemente procesal no es un fin en sí mismo, sino que es “un instrumento del instrumento”, un medio para permitir que el proceso se lleve a cabo. En tal sentido, no tiene finalidad propia, constituyendo esta nota un importante elemento interpretativo.⁴⁸

La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria -no son penas- sino instrumental y cautelar: sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

⁴⁷BINDER A., Introducción al Derecho Procesal Penal. Edit. Alfa Beta, Bs.As. 1993, Pg. 201.

⁴⁸VASQUEZ ROSSI, Jorge E., Derecho Procesal Penal Tomo II, Pg. 242.

Así por ejemplo, para evitar que el imputado intente amenazar o sobornar a testigos, alterar los rastros del delito, etc. - lo que haría peligrar el descubrimiento de la verdad-, se permite restringir su libertad de locomoción mediante la detención preventiva. Y si se temiera que, aún privado de libertad, pueda intentar todavía entorpecer la investigación por medio de terceras personas, se podrá disponer su incomunicación. Asimismo, cuando en el caso concreto sea presumible que el imputado preferirá darse a la fuga antes que someterse a la pena que se le pudiera imponer, frustrando así la efectiva aplicación de la ley sustantiva, se autoriza también la imposición de restricciones a su libertad (detención preventiva).

- **Temporalidad.**- La medida cautelar solo puede adoptarse estando pendiente el proceso principal y tiene una duración limitada en el tiempo.

Cada medida cautelar debe hallarse revista de manera expresa en el ordenamiento procesal, no pudiendo aplicarse fuera de los límites legales, lo que significa también el cumplimiento de las condiciones respectivas para cada situación, de interpretación restrictiva en los supuestos en que incidan sobre la libertad.⁴⁹ Lo que implica que las medidas cautelares se pueden suspender (cesarse) o modificarse en cualquier tiempo aun de oficio como lo señala el Art. 250 del CPP, y deben ser adecuadas a los fines pretendidos con su adopción.

Toda persona sometida a un proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como encarcelar a una persona para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere

⁴⁹ VASQUEZ ROSSI, Jorge E., Derecho Procesal Penal Tomo II, Pg. 243.

paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.

- **Revisabilidad**, porque su imposición responde a una determinada situación de hecho existente al momento de adoptar la medida, que varía si las circunstancias que la motivaron sufrieran modificaciones a lo largo del proceso, lo que obliga a su alteración o revocación.

En un sistema de preparación a cargo del Ministerio Público, cabe admitir la posibilidad de que este pueda arbitrar algunas medidas cautelares. Pero en cualquier supuesto debe quedar en claro la potestad revisoria y decisoria del Juez y, como consecuencia de ello, las posibilidades impugnativas de las partes.⁵⁰

“Artículo 250.- (Carácter de las decisiones). El auto que imponga una medida cautelar o la rechace es revocable o modificable, aún de oficio”. (Nuevo Código de Procedimiento Penal).

“Artículo 251.- (Apelación) La resolución que disponga, modifique o rechace las medidas cautelares, será apelable en el término de setenta y dos horas...” (Nuevo Código de Procedimiento Penal).

- **Jurisdiccionalidad**, pues su aplicación y control se encuentran reservados exclusivamente a los jueces.

Por último en relación al órgano que debe disponerlas, son de incumbencia del operador jurisdiccional.⁵¹ Si son los jueces quienes tienen a su cargo la vigencia de los principios de juicio previo y de inocencia, es coherente -más aún dentro de la lógica de las garantías- que sean los jueces y sólo ellos quienes autoricen medidas excepcionales como la que tratamos. Carecería de sentido que se les encomendara

⁵⁰ VASQUEZ ROSSI, Jorge E., Derecho Procesal Penal Tomo II, Pg. 244.

⁵¹ VASQUEZ ROSSI, Jorge E., Derecho Procesal Penal Tomo II, Pg. 244.

a los jueces la preservación de estos principios y se concediera a cualquier autoridad la posibilidad de autorizar las excepciones. Por lo tanto, la interpretación correcta de la norma constitucional indica que solamente se puede privar de libertad a las personas mediante una autorización judicial.

4.- LA MEDIDA CAUTELAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL JUICIO PREVIO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Por restringir, limitar o afectar derechos constitucionalmente garantizados en la Constitución Política del Estado como son la libertad y la propiedad patrimonial del imputado, las medidas cautelares deben encontrar respaldo en las leyes fundamentales y estar expresamente previstas y reglamentadas en las leyes procesales.

Dado que pareciera que pudiera existir colisión o contradicción entre estas garantías y la aplicación de medidas cautelares (tanto personales como reales) es que vamos a tratar en este rubro dos de ellas, que tienen estrecha relación con la imposición de medidas cautelares y que son: el principio del Juicio Previo y el principio de Inocencia.

4.1.- JUICIO PREVIO.

“Art. 115, II.- El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”. (CPE, Art. 115, II).

“Art. 117.- Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada.” (CPE, Art. 117, I).

De estos preceptos constitucionales se pueden deducir tanto la forma de imponer un castigo así como la autoridad competente para imponerla, que es el juez.

La forma es la relativa al “cómo”, el “proceso que se sigue” para que se condene a un ciudadano, y según el precepto constitucional, esto sólo ocurre luego de un juicio al cabo del cual una sentencia declara la culpabilidad de la persona. La sanción penal no puede ser impuesta por investigadores o fiscales, pues esto desnaturaliza el sentido del juicio. Las prácticas y la rutina han hecho que tanto investigadores como fiscales presuman el dolo o inviertan la carga de la prueba, es decir, obligando al detenido a demostrar su inocencia, violando sus derechos humanos e incluso imponiéndole penas, lo que viola el juicio previo.

La cuestión en principio, se mueve sólo entre dos extremos: libertad o su restricción por la pena. Y como la sanción sólo se concibe después del juicio previo, durante la tramitación de éste funcionará la garantía del Art. 117. Esto permite afirmar que el estado normal -por así llamarlo- de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es el de libertad.

Pero si la sanción penal sólo puede ser impuesta luego de una sentencia condenatoria firme, -pues hasta ese momento rige el principio de inocencia-, lo que implica que las personas no pueden ser privadas de libertad anticipadamente, cómo pueden aplicarse medidas cautelares que vulneran la libertad personal de un ciudadano.

Nuestra Constitución Política del Estado dice:

“Art. 22,III.- Nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por Ley. La ejecución del mandamiento requerirá que este emane de autoridad competente y que sea emitido por escrito “. (CPE, Art. 22-III)

Tal como el precepto constitucional del párrafo anterior lo manda, “salvo en los casos y según las formas establecidas por ley”, nos obliga a recurrir al marco legal

correspondiente, en este caso al Nuevo Código de Procedimiento Penal, que en su artículo 221 dispone:

“Art. 221.- La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, 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.

Las normas que autorizan medidas restrictivas de derechos, se aplicarán e interpretarán de conformidad con el artículo 7 de este Código. Esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundamentada, según lo reglamenta este código, y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación.

No se podrá restringir la libertad del imputado para garantizar el resarcimiento del daño civil, el pago de costas o multas.” (NCP, Art. 221).

Nuestro Código de Procedimiento Penal también nos dice que el carácter de las medidas cautelares es restrictivo y que las mismas deben ejecutarse del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados. (Ver Art. 222 NCP)

En virtud de los perjuicios que su aplicación ocasiona al afectado, que -es conveniente reiterar- goza de un estado jurídico de inocencia... se ha establecido que las normas que coarten la libertad personal deben ser interpretadas restrictivamente.

“Artículo 7.- (Aplicación de medidas cautelares y restrictivas)

La aplicación de medidas cautelares establecidas en este Código será excepcional. 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” (NCP, Art. 7)

En consecuencia, los tribunales de la justicia penal deben tener en cuenta, en toda decisión acerca de la restricción de la libertad de un inocente, que ellos constituyen la última protección que existe entre el poder penal del Estado y los derechos fundamentales de las personas.

Al respecto el Tribunal Constitucional Plurinacional establece en una de sus sentencias: *“Que, en la SC 636/2002-R, de 3 de junio, este Tribunal estableció: “... de las normas previstas por el Art. 16 de la Constitución, así como el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento este que ha sido incorporado a la legislación interna por Ley Nº 1430 de 11 de febrero de 1993, se extraen las directrices fundamentales en las que se asienta el debido proceso tanto como derecho cuanto como garantía procesal. En consecuencia, es en ese contexto que todo juzgador o tribunal debe desarrollar los actos procesales, vale decir, resguardando los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las partes, caso contrario vicia de nulidad sus actos y decisiones”.*⁵²

Ante toda omisión o acción de un órgano cualquiera de los poderes del Estado que afecte o restrinja ilegítimamente la libertad de una persona inocente, es el Poder Judicial exclusivamente, quien puede y debe cumplir la tarea de proteger sus derechos fundamentales y de impedir o hacer cesar toda medida cautelar ilegítima, pues antes de su aplicación deben cumplirse con todas las exigencias jurídicas formales y materiales propias de las mismas, consignadas tanto en el NCP como en la Constitución Política del Estado.

⁵² Se hace la aclaración que el Art. 16 de la Constitución Política del Estado, que hace referencia la Sentencia Constitucional Nº 1102/2002-R, es la que se encuentra plasmada en la Ley Nº 1585 de 12 de agosto de 1994, Constitución Política de la República de Bolivia, que se encuentra abrogada por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, de 07 de febrero de 2009.

La finalidad constitucional de -afianzar la justicia- hacia la que se orienta el juicio previo requiere: a) que no se impida ni obstaculice su realización; b) que sus conclusiones se asienten sobre la verdad; c) que se cumpla realmente lo que en él se resuelva.

Si el culpable, abusando de su libertad, pudiera impedir la condena -falseando las pruebas o no compareciendo al proceso- o eludir el cumplimiento de la pena -fugando-, la justicia lejos de ser afianzada sería burlada.

Corroborando lo anterior, el autor Clariá Olmedo manifiesta que: *“La medida cautelar no se contrapone al principio constitucional del juicio previo, en la medida que no debe considerársele “pena anticipada”, sino un instrumento que garantice la presencia del imputado en el juicio. Es por ello que la imposición de medidas cautelares debe producirse únicamente por la necesidad -verificada en cada caso- de que el imputado no se someterá al proceso o obstaculizará la averiguación de la verdad.”*⁵³

En esa óptica, si la medida cautelar ya no es considerada una “pena anticipada”, puede imponérsele durante el juicio, para los fines ya explicados. La garantía del juicio previo prevé entre el supuesto hecho delictivo y la pena a imponer, un lapso de tiempo donde el imputado tenga la garantía de un debido proceso.

La circunstancia de que nadie pueda ser penado sin juicio previo, prohíbe la posibilidad de castigar **durante** el juicio. La Constitución ha desechado la posibilidad de sanción inmediata al delito, interponiendo entre el hecho y la pena un plazo que es “ocupado” por el proceso.

⁵³ CLAIRA OLMEDO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V, Pg. 219.

4.2.- EL PRINCIPIO DE INOCENCIA Y LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL.

Este principio fundamental del Estado de Derecho es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la aplicación de las medidas cautelares y sobre todo, la detención preventiva, que analizaremos exhaustivamente más adelante.

“El principio está dirigido a conservar el estado de inocencia de la persona durante todo el trámite procesal. La vigencia del principio determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable, menos como delincuente, mientras no exista una sentencia condenatoria que adquiera la calidad de cosa juzgada formal y material. Esto implica que únicamente la sentencia condenatoria firme es el instrumento idóneo capaz de vencer el estado de presunción de inocencia del procesado.”⁵⁴ Este principio nos dice, que toda persona debe ser considerada inocente mientras no se destruya su estado jurídico de inocencia en un juicio, mediante sentencia ejecutoriada o firme.

Según se observa, la necesidad emerge directamente de la necesidad del juicio previo. De ahí que se afirme que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso, o que los estantes y habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aún cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa.

Como explica Binder, el principio de inocencia no dice que el imputado sea en verdad inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste en atribuir a toda persona un “estado de inocencia”. Es por ello que en virtud a esta presunción de inocencia, es el fiscal quien tiene que probar la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. También nos dice este principio

⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 0012/2006-R.

que nadie puede ser considerado culpable sino es en virtud a una sentencia, dictada en un juicio.

El principio de inocencia exige, entre otras cosas, que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del caso penal en su contra. La consecuencia más importante de esta exigencia, que obliga a tratar como inocente al imputado, consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que necesariamente deben ser impuestas al uso excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o a la verosimilitud de la imputación.

La pregunta que surge entonces nuevamente es cómo compatibilizar la aplicación de las medidas cautelares, y sobre todo la de la detención preventiva que viola el derecho a la libertad de las personas, con el principio de inocencia?

Al respecto el Tribunal Constitucional Plurinacional, señala: *“Es necesario recordar que de acuerdo con la presunción de inocencia, el estado normal del imputado es el pleno goce de sus derechos constitucionales, esto se mantiene incólume, mientras no exista una sentencia que establezca la existencia de los supuestos de responsabilidad penal que se le atribuyen. Precisamente el objetivo del proceso es establecer, por medio de una sentencia si se dan o no las condiciones que habilitan la afectación de los mismos por medio de una pena.*

Por tanto, las medidas cautelares de naturaleza personal, que se constituyen en una posibilidad excepcional de afectar esa situación normal y general, con fines estrictamente de utilidad procesal; pues resultan justificables en la medida en que son necesarias, para llevar adelante el proceso y para asegurar el cumplimiento de la decisión que se tome en la sentencia.

Conforme a esto, las medidas cautelares personales, vienen a romper la lógica general de la presunción de inocencia, responden al principio de necesidad, requieren para que sean conforme a derecho, la concurrencia de dos supuestos: 1) el supuesto material, que tiene relación con la existencia de una imputación suficientemente respaldada en elementos de juicio que permitan pronosticar; y 2) la necesidad de cautela, esto es, que se justifique la necesidad de adoptar medidas de coerción, destinadas a evitar que el imputado realice actos que puedan impedir la realización del juicio o la aplicación de la sentencia.

En concordancia con los presupuestos aludidos, el art. 221 del CPP establece que la libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes, y esa Ley, sólo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley.⁵⁵

No existe contradicción entre este principio y la imposición de medidas cautelares, porque como ya lo dijimos al hablar sobre el juicio previo, la solicitud de imponer una medida cautelar no debe considerarse como un castigo anticipado ni mucho menos responder a criterios tan subjetivos como la peligrosidad del delincuente o la gravedad del tipo de delito cometido. Reiteramos que la aplicación de medidas cautelares debe responder a un fin procesal, que es asegurar la presencia del imputado al momento del juicio (evitando así su fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad) y no puede responder a un fin de prevención, que es el que tienen las penas.

Si permitiéramos que la imposición de medidas cautelares funcionara como un castigo anticipado al imputado, éste se encontraría en la misma situación que un condenado, pero con la diferencia que nunca tuvo juicio, ni acusación fiscal, que no se produjeron pruebas, pero sobretodo no se respetó su estado de inocencia.

⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 0719/2004-R.

5.- MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL.

Como ya hemos dicho, las medidas cautelares pueden ser de carácter personal o de carácter real, es decir que pueden recaer sobre los derechos personales de los ciudadanos o sobre los reales.

Nuestro Código de Procedimiento Penal reconoce entre las medidas cautelares de carácter personal el **arresto** (Art. 225), la **aprehensión** (Art. 226, 227, 229), la **incomunicación** (Art. 231), la **detención preventiva** (Art. 232 al 239) así como las **medidas sustitutivas a la detención preventiva** enumeradas en el Art. 240. Tanto la presentación espontánea como la citación no son medidas cautelares propiamente dichas, sino más bien medidas preventivas. La **presentación espontánea** (Art. 223) como medida preventiva, posibilita que el imputado mantenga su libertad y la **citación** trae como consecuencia, si el imputado no se presenta a la misma, que se libre en su contra un mandamiento de aprehensión. (Art. 224).

Entre las medidas cautelares de carácter real tenemos las previstas en el Código de Procedimiento Civil, que deben imponerse únicamente en los casos expresamente indicados en ese código, y siempre que se trate de bienes propios del imputado. Entre ellas se consideran el **embargo**, la **fianza**, la **anotación preventiva**, la **hipoteca legal**, el **secuestro**, la **intervención**, etc. (Art. 222 par. II, 252 del NCPP y Art. 156 del CPC.).

A continuación pasamos a desarrollar brevemente cada una de estas medidas:

- La **presentación espontánea** (Art. 223) El Tribunal Constitucional Plurinacional define a la Presentación Espontanea como: *“Que el Art. 223 de la citada Ley califica como presentación espontanea cuando la persona contra la cual se haya iniciado o este por iniciarse un proceso, podrá presentarse ante el Fiscal encargado de la investigación pidiendo se reciba su declaración, que se mantenga*

*en libertad o se manifieste sobre la aplicación de una medida cautelar*⁵⁶, no es una medida cautelar propiamente dicha sino más bien debe considerársele como una medida preventiva, por constituir una exteriorización de la voluntad de la persona, de colaborar con la investigación y someterse al proceso, ya que con esa determinación libre y voluntaria, no intervienen los representantes del órgano jurisdiccional, como lo son los fiscales y los jueces de garantías.

- La **citación** (Art. 224). La finalidad de la citación es poner en conocimiento del imputado el inicio de una investigación, de oficio, vía denuncia o querrela; en consecuencia, tampoco constituye una medida cautelar, al tratarse de una forma de comunicación procesal que dispone la comparecencia del imputado ante el órgano jurisdiccional encargado de la investigación, el incumplimiento trae como consecuencia, si el imputado no se presenta a la misma, que se libre en su contra un mandamiento de aprehensión. Si se tratara por ejemplo de un delito con pena inferior a dos años, donde no pudiera ordenarse la aprehensión de una persona que no concurre a la citación, entonces el fiscal debe solicitarle a juez que lo declare rebelde.

El juez o tribunal previa constatación de la incomparecencia a la citación, declarará la rebeldía mediante resolución fundamentada, expidiendo mandamiento de aprehensión. (Art. 87,89 NCPP)

- El **arresto**, el Art. 225 establece el arresto como una medida preventiva con un fin específico y tiempo determinado, que podrá ser adoptada en los primeros momentos de la investigación a desarrollarse, tampoco es propiamente una medida cautelar o de aseguramiento, por la brevedad de su duración; el Tribunal Constitucional Plurinacional señala que el arresto es: *“es la privación de libertad de corta duración de un ciudadano que puede ser ordenado por el Fiscal o el funcionario policial y procede dentro de una investigación que se inicia dentro de*

⁵⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 1472/2004-R.

una acción directa, cuyas características y alcances están claramente establecidos en el Art. 225 del CPP".⁵⁷Deben existir algunas circunstancias para que se pueda arrestar a un ciudadano: cuando sea imposible individualizar a los autores, partícipes y testigos del hecho, y cuando se deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación.

- **La Aprehensión**, *"constituye un acto de privación de libertad de un ciudadano, ordenada por el Fiscal o el Juez y efectivizada por la Policía y en caso de flagrancia, por estos funcionarios o por particulares; medida que debe ser adoptada en los casos y formas establecidos por los Art. 226, 227 y 239 de este código"*.⁵⁸En todos los casos de la aprehensión, esta no debe superar las veinticuatro horas y el imputado debe ser puesto a disposición del Juez Cautelar o de Garantías, dentro de este plazo, para que decida sobre la aplicación de una medida cautelar por la concurrencia de los riesgos procesales de fuga y obstaculización o disponga su libertad por falta de indicios.

La policía y los particulares pueden aprehender a un ciudadano, sin necesitar orden fiscal en los casos de flagrancia, es decir, cuando el autor es sorprendido en el momento de intentar el hecho delictivo, de cometerlo o inmediatamente después, mientras es perseguido.

- La **flagrancia**, es la prueba más directa del delito. *"Los Art. 227.1 y 229 del CPP, facultan a la Policía Nacional y a los particulares a practicar la aprehensión en caso de flagrancia; es decir, cuando se presenten las circunstancias descritas por el Art. 230 del CPP. (...) Ahora Bien, respecto a la flagrancia, la doctrina señala que proviene del término latino flagrare, que significa arder, resplandecer. Aplicando esta expresión, al ámbito jurídico penal, se tendría que cuando se habla de delito flagrante, se hace referencia al delito cometido públicamente y ante testigos;*

⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 1704/2004-R.

⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 1704/2004-R.

*existiendo doctrinalmente, tres supuestos que determinan esta situación: 1) delito flagrante propiamente dicho, cuando el autor es sorprendido en el momento de la comisión del hecho delictivo, o en el intento, existiendo simultaneidad y evidencia física; 2) delito cuasi- flagrante, cuando el autor es detenido o perseguido inmediatamente después de la ejecución del delito, por la fuerza pública u otras personas; en este caso se habla de cuasi- flagrancia, y la simultaneidad es sustituida por la inmediatez, y la evidencia física por la racional; 3) sospecha o presunción de delito flagrante, cuando el delincuente es sorprendido inmediatamente después de cometido el delito y de cesada la persecución, pero lleva consigo efectos o instrumentos del delito; en este caso solo existe una presunción”.*⁵⁹ La SC 1855/2004-R, aclara que en la tercera hipótesis planteada por la doctrina no está dentro de los alcances de delito flagrante en nuestra legislación.

- **La Incomunicación.**- Considerar a un aprehendido violento o peligroso, por el hecho delictivo que se le atribuye, no justifica de ningún modo su incomunicación, así como tampoco su detención preventiva. La incomunicación como regla, ya no puede imponerse. Sólo cabe incomunicar a una persona en forma excepcional. Esta situación prevista en el Art. 231 del CPP, constituye un caso excepcional de incomunicación emergente de la gravedad y complejidad del hecho sometido a investigación, no pudiendo ser mayor a las veinticuatro horas; asimismo, si bien en principio puede ser unilateralmente adoptada y ejecutada por la policía o el fiscal, se requiere que sea comunicada de inmediato al Juez de Instrucción para que la ratifique o deje sin efecto, esta medida cautelar, atendiendo las circunstancias particulares del caso. *“La incomunicación definitivamente, es una situación que implica una limitación a ciertos derechos*

⁵⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 1855/2004-R.

por estar prevista para circunstancias especiales, pero estos derechos no están vinculados con la lesión a la libertad física en cualquiera de sus formas”.⁶⁰

- **La Detención Preventiva.**- Es la medida cautelar de carácter personal, que se le impone a un imputado, cuando existen suficientes elementos de convicción para sostener que el imputado es con probabilidad autor o participe del hecho punible, y que concurren los riesgos procesales de fuga y obstaculización a la verdad.

El tribunal Constitucional Plurinacional, al analizar el régimen de la detención preventiva, hace un análisis de la siguiente manera: *“Antes de resolver la problemática planteada resulta imprescindible precisar con la mayor claridad posible, el régimen vigente de la detención preventiva y sus medidas sustitutivas; labor hermenéutica que debe realizarse -como no puede ser de otra manera- a través de una interpretación desde y conforme a la Constitución.*

En este cometido, conviene recordar que la auto organización, como fuente de legitimidad del poder y del Derecho, se visualiza de manera nítida en el acto constituyente. En efecto, aquí el pueblo de manera soberana decide organizarse jurídica y políticamente, estableciendo el modelo de Estado que mejor se condice con sus aspiraciones comunes; decisión que se plasma en una norma que tiene el carácter de fundamental, por proyectar desde ella el plan de vida, y dentro de él, las reglas básicas de la convivencia sobre las que el grupo social proyectará y desarrollará su vida cotidiana.

Esta forma de organización de la sociedad, que según opinión predominante de la doctrina tiene sus raíces en el pacto social, está dirigida, como contrapartida de la estructura básica del poder político, a delimitar zonas exentas de tal poder,

⁶⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 0383/2003-R.

reservadas a la autonomía privada; este es el caso del derecho a la libertad y dentro de éste, específicamente, el derecho a la libertad física o de locomoción.”⁶¹

En coherencia con lo expresado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, la Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia en su Art. 22 consagra a la libertad personal como un derecho constitucional inviolable de la persona e impone al Estado el deber de respetarla y protegerla, como uno de sus cometidos primordiales; sin embargo, es la propia Constitución la que para proteger el derecho de la sociedad a su seguridad, en su Art. 23, III a tiempo de imponer de manera implícita límites al derecho a la libertad física, sienta las reglas básicas de procedimiento a las que debe ajustarse toda restricción a la libertad, al garantizar que “Nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la ley...”

Esto significa que la Constitución al ser la norma supra del ordenamiento jurídico del Estado Plurinacional de Bolivia, faculta al legislador ordinario a establecer los casos en los que es posible restringir o privar el derecho a la libertad física de las personas, donde el Órgano Legislativo crea normas como ser el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y recientemente la Ley 007 de 18 de Mayo de 2010, donde están reguladas en qué casos es posible restringir la libertad de las personas.

“No obstante lo señalado, conviene añadir que el catálogo de garantías y derechos vigentes en Bolivia no se reduce a los consagrados por el texto constitucional sino que se extienden a aquéllos que recogen los convenios y pactos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado boliviano (a los que de manera genérica les denominaremos pactos); máxime si los mismos, como lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tienen jerarquía constitucional, al entender que forman parte del bloque de constitucionalidad (así, SSCC 1662/2003-R, 1494/2003-

⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 0012/2006-R

R y 1494/2004-R). En consecuencia, en la hermenéutica interpretativa, también se considerará, en lo pertinente, los derechos consagrados en los referidos pactos.”⁶²

Los requisitos para la **detención preventiva** son concurrentes, y los siguientes:

1. Se debe tratar de un delito de acción pública. (Art. 232, I CPP)
2. Que tenga prevista pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea de tres años o más. (Art. 232, III)
3. Se debe haber realizado previamente la imputación formal, es decir, debe existir pedido fundamentado del fiscal o del querellante. (Art. 233, 302 CPP)
4. Deben existir elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es con probabilidad autor o partícipe de un hecho punible. (Art. 233 CPP)
5. 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. (Art. 233CPP)
6. No debe existir otra medida cautelar más 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).

Aclarando estos puntos referidos por el Art. 233 del Código de procedimiento Penal, el Tribunal Constitucional Plurinacional, señala: *“Por su parte, el art. 233 del CPP establece que para la procedencia de la detención preventiva, luego de realizada la imputación formal y el pedido fundamentado del Fiscal o del querellante, deben concurrir los siguientes requisitos: 1) la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible y 2) la existencia de elementos de convicción suficientes de que el*

⁶² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 0012/2006-R

*imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad; ambos requisitos deben concurrir de manera simultánea”.*⁶³

6.- PROBABILIDAD DE LA AUTORIA.

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. Es importante conocer el sentido estricto de la palabra “probabilidad”, para poder saber si la persona puede ser considerada sospechosa o no. Probabilidad significa, que existan suficientes indicios que lleven al fiscal a la convicción de vincular directamente al imputado con los hechos delictivos. No se trata de especulaciones ni de sospechas, sino de la probabilidad de la autoría respaldada en indicios claros que se puedan presentar como pruebas y que relacionen al imputado con el delito.

7.- RIESGOS PROCESALES DE FUGA Y OBSTACULIZACION.

Con relación al peligro de fuga, es importante tomar 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 existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso.
4. La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga.
5. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo.
6. La actitud que el imputado adopta voluntariamente respecto a la importancia del daño resarcible.

⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 0719/2004-R

7. El haber sido imputado por la comisión de otro hecho delictivo doloso o haber recibido condena privativa de libertad en primera instancia.
8. Habérsele aplicado alguna salida alternativa por delito doloso.
9. La existencia de actividad delictiva reiterada o anterior.
10. El pertenecer a asociaciones delictivas u organizaciones criminales.
11. Peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante.
12. Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada, que permita sostener fundadamente que el imputado se encuentra en riesgo de fuga. (Art. 234 CPP)⁶⁴

Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad, se tendrán que tener suficientes elementos de convicción que le permitan al fiscal considerar que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
2. Que el imputado influya negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos, a objeto de que informen falsamente o se comporten de manera reticente.
3. Que el imputado influya ilegal o ilegítimamente en magistrados del Tribunal Supremo, magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, vocales, jueces técnicos, jueces ciudadanos, fiscales y/o en los funcionarios y empleados del sistema de administración de justicia.
4. Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener fundadamente que el imputado, directa o indirectamente, obstaculizará la averiguación de la verdad.(Art. 235 CPP)⁶⁵

Solamente si existen los riesgos procesales del peligro de fuga o el de obstaculización del proceso, además de considerar al imputado con probabilidad autor o partícipe del

⁶⁴ Se aclara que el Art. 234 del CPP, fue modificado por la Ley 007 de 18 de Mayo de 2010.

⁶⁵ Se aclara que el Art. 235 del CPP, fue modificado por la Ley 007 de 18 de Mayo de 2010.

hecho delictivo, el fiscal o la parte querellante podrá requerir al juez que ordene la detención preventiva.

Entonces, si existen el peligro de fuga o el de obstaculización del proceso, además de considerar al imputado con probabilidad autor o partícipe del hecho delictivo, el fiscal podrá requerir al juez que ordene la detención preventiva del imputado.

La detención preventiva no la ordena el juez de oficio, sino siempre a pedido debidamente fundamentado del fiscal del caso o de la parte querellante.

Sobre el particular es importante repetir, que todos los requerimientos de medida cautelar tienen que estar fundamentados, es decir, explicar no solamente el por qué de la necesidad de la medida cautelar sino también cada uno de los requisitos.

Muchos fiscales se limitan a indicar que la persona no tiene domicilio conocido, sin fundamentar si además, es con probabilidad autor o partícipe del hecho punible y por qué lo es.

En caso que las solicitudes de detención preventiva no estén suficientemente fundamentadas por el fiscal o de la parte querellante -quienes como parte acusadora tienen esta obligación-, el juez instructor debe rechazarlas.

También puede solicitarse la aplicación de medidas cautelares cuando el imputado ya ha fugado. En estos casos el fiscal imputa formalmente (según los requisitos del Art. 302 CPP) y fundamenta su pedido de detención preventiva ante el juez instructor. En estos casos el juez, ordenará se proceda a la captura del imputado, expidiendo al efecto el respectivo mandamiento de aprehensión, mediante resolución fundamentada. Con posterioridad a su captura debe solicitarse una audiencia cautelar, con el objeto de poder escuchar al aprehendido pues entre las garantías procesales

está la del derecho que tiene el imputado a ser oído, como ya se menciona en otros capítulos.

Es necesario también aclarar que en el supuesto que ya hubiera acusación fiscal -y por tanto el juez de instrucción ya no tuviera competencia para imponer una medida cautelar-, y se necesitara imponer la misma o modificar la existente, esta solicitud de interposición se hace ante el Presidente del Tribunal, aunque aún el tribunal no se hubiere constituido legalmente. Este es un puente legal que cubre el vacío del código y fue consensuado a nivel nacional con los operadores instructores de justicia.

“En sujeción a la política criminal diseñada por la Constitución, el legislador, previo el juicio de proporcionalidad que la Constitución de manera implícita exige, ha establecido el régimen de las medidas cautelares de naturaleza personal, bajo el principio de potestad reglada, evitando con ello decisiones subjetivas que importen arbitrariedad; esto supone que los operadores jurídicos están relevados del juicio de proporcionalidad en la adopción de la medida, dado que tal labor ya fue realizada por el legislador, y más bien, están reatados a los parámetros objetivos que la ley fija, tanto para la determinación de la detención preventiva como para la adopción de las medidas sustitutivas”.⁶⁶

Es cierto que la gravedad del delito no se encuentra entre los requisitos de interposición de una medida cautelar, pero no es menos cierto que la experiencia nos ha demostrado, que un imputado que ha cometido un crimen grave, por el cual la sentencia lo será también, tiene muchas más probabilidades de huir -para no estar en juicio- que permanecer esperando su citación. Es por ello que considero que si bien la gravedad del delito no es requisito para imponer una medida cautelar, por lo menos el Juez Cautelar debe analizar el contexto de la persona y sus circunstancias conforme a las reglas de la sana crítica al momento de decidir la aplicación de una medida cautelar.

⁶⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, Sentencia Constitucional 0012/2006-R

La imposición de medidas cautelares no debe volverse un trámite mecanizado por parte de los jueces y su solicitud tampoco debe serlo de parte de los fiscales. Cada caso y circunstancia son distintos y personalísimos y en ese mismo sentido y contexto deben analizarse.

Ningún juez puede ordenar la detención preventiva de un imputado, únicamente basado en la gravedad del delito, ni mucho menos en la peligrosidad del imputado.

Para efectos de ordenar la detención preventiva, el tipo de delito no es requisito para su interposición. La detención preventiva únicamente puede imponerse, si existe el peligro de fuga del lugar del hecho u obstaculización del proceso. Si como se dijera anteriormente, estos presupuestos no se dan, es ilegal decretar la detención de la persona aprehendida.

“55. La seriedad de la infracción y la severidad de la pena, son elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el riesgo de que la persona acusada se evada de la justicia. La privación de libertad sin sentencia sin embargo, no debiera estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido ha sido acusado de un delito particularmente objetable desde el punto de vista de la sociedad. La adopción de una medida cautelar privativa de libertad, no debe convertirse así en un sustituto de la pena en prisión.” (Comisión Interamericana de DD.HH. Caso 11.778)

No puede expedirse ninguna orden de detención preventiva contra el aprehendido, basada en el hecho que no declare o no ayude a aclarar las circunstancias del hecho delictivo. El aprehendido, en virtud del principio de inocencia, no está obligado a colaborar ni a confesar contra sí mismo para aclarar los hechos y por el contrario, es a la Fiscalía y a los Investigadores Policiales a los que les compete presentar todas las pruebas de cargo que prueben su culpabilidad o participación en el hecho que se le atribuye. (Art. 6, I y III, Art. 92 par. 2 CPP).

En los procesos penales regidos por el sistema acusatorio, la imposición de una medida cautelar debe necesariamente proceder a pedido de parte (fiscal o querellante), es decir, no puede ser ordenada de oficio, pues de lo contrario el juez estaría atentando contra los principios acusatorios, *neprocedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore*.

Los actos procesales cautelares no son una manifestación de la potestad punitiva del Estado, pues esto lo impide el derecho a la presunción de inocencia que tiene todo ciudadano. (Art. 6 CPE).

Será el juez quien ordene la detención preventiva, que será notificada personalmente (Art. 163 inc. 3 CPP).

El mandamiento de detención preventiva emitido por el Juez debe ser hecho por escrito y debe estar fundamentado en la respectiva resolución que dispone esta medida cautelar de carácter personal. Esto quiere decir que contendrá los motivos de hecho y de derecho en que basa tal decisión. La fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple mención del requerimiento fiscal. (Art. 73; 124, 226; Art. 23 par. III CPE).

Un mandamiento de detención preventiva que no explica las razones por las cuales se priva de libertad a una persona, atenta contra su derecho de libre locomoción y es por tanto ilegal.

El detenido preventivo tiene que ser internado en establecimientos especiales o al menos en secciones separadas de los condenados, tal como lo manda la ley, y deberá ser en todo momento tratado como inocente, mientras no se declare su culpabilidad en juicio, con sentencia ejecutoriada. No se trata de someter al imputado a una condena anticipada, sino únicamente de detenerlo con el objeto de garantizar su presencia en el juicio. (Art. 237 CPP; Art. 13, I; Art. 14, III; Art. 23, III; Art. 116, I CPE; Art. 110 Ley de Ejecución de Penas (de 1996)).

La duración de la detención preventiva no excederá el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga (Art. 239 inc. 2 CPP), ni tampoco el plazo de dieciocho meses, sin que se haya dictado sentencia o de veinticuatro meses sin que la sentencia hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada (Art. 239 inc. 3 CPP). Si transcurren los plazos, el juez tiene la obligación de otorgar la libertad al detenido preventivo, pues no tiene fundamentos legales para mantenerlo preso.

“80. La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla, cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada, dado que a pesar de la presunción, se está privando de libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados”. (Comisión Interamericana de DD.HH. Caso 11.245)

“81. Otra consecuencia grave de una detención preventiva prolongada es que puede afectar el derecho a la defensa, porque en algunos casos aumenta la dificultad del acusado para organizar su defensa. A medida que transcurre el tiempo, aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado, para presentar pruebas y contra argumentos. Disminuye la posibilidad de convocar a testigos y se debilitan dichos contra argumentos.” (Comisión Interamericana de DD.HH. Caso 11.245)

8.- CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.-

La detención preventiva debe cesar:

1. Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida.
2. Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga.

3. Cuando su duración exceda de dieciocho meses sin que se haya dictado sentencia o de treinta y seis meses sin que ésta hubiera dictado sentencia. (Art. 239 CPP)⁶⁷

En los casos de cesación de la detención preventiva, el juez del proceso tiene que levantar la orden de detención, sin más trámite, y otorgar mandamiento de libertad al imputado de oficio, en el plazo de veinticuatro horas desde que tomó conocimiento de la violación al régimen legal. Vencidos los plazos de los numerales 1) y 2) el Juez o Tribunal aplicara las medidas cautelares que correspondan previstas en el Art. 240 del CPP, siempre y cuando la demora no sea atribuible a actos dilatorios del imputado, por lo cual ya no existe fundamento legal para detener al ciudadano y por el contrario, mantenerlo detenido implicaría una violación de sus derechos. Para expedir el mandamiento de libertad en virtud a los requisitos del art. 239, el código no manda convocar a Audiencia, más en la práctica esto se está dando (Art. 7; Art. 128, 129 inc. 7, Art. 238, II; 239, 240 CPP)⁶⁸.

Sobre la aplicación del artículo 245 (Efectividad de la libertad) en los casos en que se den los supuestos de cesación de la detención preventiva del artículo 239, existían dos posiciones opuestas sobre su interpretación.

La primera posición defiende la teoría que de darse los supuestos del artículo 239, para el cese de la detención preventiva y por lo tanto, el juez impusiera como medida sustitutiva una fianza económica o real, que el imputado no pudiera honrar, esto último no evitaría que el imputado obtuviera su libertad. El supuesto del art. 245 que manda que “la libertad sólo se hará efectiva luego de otorgada la fianza”, tendría validez únicamente mientras la detención preventiva es **legal**, pero no luego de vencidos los plazos absolutos dispuestos por el art. 239, pues ya no existirían los

⁶⁷ Se aclara que el Art. 239 del CPP, fue modificado mediante Ley 007 de 18 de Mayo de 2010.

⁶⁸ Se hace notar que al Art. 240 fue modificado mediante Ley 007 de 18 de Mayo de 2010.

fundamentos legales para detener a la persona. Esta misma corriente sostiene, que el Art. 245 no puede extender el plazo máximo absoluto de la detención preventiva, lo que constituiría en una burla a lo establecido por el artículo 239. Coincido plenamente con esta posición pues considero que es la correcta y la forma en que debe ser interpretada la norma, pues caso contrario, existiría contradicción entre los artículos 239 y 245 del Código de Procedimiento Penal, hecho que no existe. Reiteramos que el artículo 245 es válido mientras la detención es legal, más de ninguna manera si la detención preventiva deviene ilegal porque ya transcurrieron los plazos absolutos del 239, donde incluso la libertad del injustamente detenido debe darse de oficio por los jueces.

La segunda posición, considera que mientras no se honre la fianza, la libertad no debe hacerse efectiva (Art. 245), independientemente si cesaron los requisitos para la detención preventiva o no.

Al presentarse esta consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales, falló en el sentido de la segunda posición, lo que sienta jurisprudencia en el país y la hace obligatoria en tanto no exista otra jurisprudencia en contrario. (Sentencia Constitucional 688/00).

Si todavía no se vencen los plazos máximos de detención preventiva de los incisos 2) y 3) del art. 239 y el juez de instrucción impone al detenido preventivo una fianza, sea personal, juratoria, real o económica, que éste último no puede cumplir inmediatamente, es entonces que el art. 245 tiene, en nuestra opinión también, plena aplicación pues impide que la libertad se haga efectiva mientras el detenido preventivo no otorgue la fianza, pues la detención preventiva todavía tiene el fundamento de la legalidad.

Otorgar una fianza significa, que el imputado pueda hacerla efectiva.

9.- MEDIDAS SUSTITUTIVAS.

Realmente el vocablo correcta debiera haber sido el de medidas alternativas.

No cabe imponer medidas sustitutivas a la persona que sale en libertad en virtud al Inc. 1) del art. 239, es decir, si nuevos elementos de juicio demuestran que no existen los motivos que fundaron la detención preventiva, pues al no existir fundamento para la imposición de la detención preventiva, tampoco lo existe para la imposición de las medidas sustitutivas. En los casos de los vencimientos de los plazos (incisos 2 y 3) del art. 239, sólo cabe imponer medidas sustitutivas de posible cumplimiento, si persistiera el peligro de fuga del lugar del hecho o el de obstaculización del proceso.

Si el juez, a pesar de existir los requisitos para la cesación de la detención preventiva, no quisiera otorgar el mandamiento de libertad o lo retardara ex profeso, el defensor del imputado tiene el derecho de interponer un recurso de hábeas corpus ante la instancia judicial, en virtud del Art. 18 de la CPE, independientemente de la responsabilidad disciplinaria y penal a la que se expone el juez por retardación de justicia (Art. 135 NCPP).

Las **medidas sustitutivas** a la detención preventiva sólo pueden imponerse si **concurren** los siguientes requisitos:

1. Que sea improcedente la detención preventiva o cuando exista duda en la necesidad de disponer la detención preventiva y se busque una medida menos lesiva (Art. 7) y
2. Que existan peligro de fuga o de obstaculización del procedimiento (Art. 240 CPP)

Caso contrario, no se imponen medidas sustitutivas por parte del juez y el imputado queda en libertad.

No es necesario imponer primeramente la detención preventiva para poder pasar a las sustitutivas. La medida sustitutiva puede ordenarse directamente.

A pesar que el fiscal solicite al juez la detención preventiva de un imputado, el juez puede imponerle de oficio medidas sustitutivas por ser menos lesivas. Lógicamente tendrán que concurrir los requisitos para la procedencia de las medidas sustitutivas. El auto que imponga una medida cautelar o la rechace, podrá ser revocado o modificado en cualquier momento por el juez, aún de oficio (Art. 7, 239, 221, 222, 250 CPP).

Los defensores públicos deben empezar a tener más confianza en los jueces instructores y no solicitar ellos mismos, que se le aplique una medida sustitutiva a su cliente -como medida más benigna-, en la suposición que en todos los casos los jueces les aplicarán la detención preventiva.

CAPITULO N° IV

FUNDAMENTOS EMPIRICOS DE LA

TESIS

1.- EL MUESTREO PROBABILÍSTICO.

El muestreo es una parte esencial del método científico para poder llevar a cabo una investigación. El muestreo, siempre y cuando sea representativo, tiene múltiples ventajas de tipo económico y práctico, ya que en lugar de investigar a toda la población, se investiga a una parte de ella, además de que proporciona los datos en forma más oportuna, eficiente y exacta, debido a que el encuestar a toda la población o efectuar un censo puede ocasionar fatiga y prácticas que tiendan a distorsionar la información.

La representatividad de la muestra implica que esta refleje las características, similitudes y diferencias encontradas en la población. Lograr la representatividad de la muestra solo es posible en un muestreo aleatorio o al azar, pero de ninguna manera es exacta, ya que lo único que se puede establecer es la probabilidad de no rebasar ciertos márgenes de la muestra.

El diseño de la muestra implica 3 etapas:

1. Esquema de muestreo, como se va a seleccionar la muestra y qué tipo de muestra se va utilizar.
2. Encontrar estimadores.
3. Determinar el tamaño de la muestra.

1.1.- FORMULA PARA DETERMINAR LA MUESTRA.

La formula parte de la suposición de que cada elemento de la población tiene la misma probabilidad para ser seleccionado en la muestra. Este tipo de muestra es el más adecuado ya que sus procedimientos son más científicos debido a que se basan en la Ley de los grandes números y el cálculo de probabilidades.

$$n = \frac{Z^2 * Npq}{e^2(N-1) + Z^2pq} \quad 69$$

- n= Tamaño de la muestra
 Z= Nivel de confianza (1.65 al 90%)
 N= Universo (1.800976) Habitantes, ciudades de La Paz y El Alto⁷⁰
 p= Probabilidad a favor (0.5) constante.
 q= Probabilidad en contra (0.5) constante.
 e= Error de estimación (0.1)

$$n = \frac{1.65^2 * (1800976)(0.5)(0.5)}{0.1^2(1800976 - 1) + 1.65^2(0.5)(0.5)}$$

$$n = \frac{2.74 * 450244}{0.01 * 1800975 + 2.74(0.5)(0.5)}$$

$$n = \frac{1225789.29}{18010.42}$$

$$n = 68.06 \text{ (Tamaño de la Muestra)}$$

2.- ANÁLISIS ESTADÍSTICO E INTERPRETACIÓN DE LAS ENCUESTAS.

A objeto de lograr información lo más aproximada a la realidad, que permita la verificación de la hipótesis, se han dirigido encuestas a profesionales del derecho, así como a jueces, fiscales, policías, estudiantes de derecho, personas detenidas preventivamente en el penal de San Pedro y personas de a pie, cuyos resultados se presentan y analizan a continuación.

⁶⁹ LAURA BARRON, Roberto, Técnicas de Investigación Social, pg. 134.

⁷⁰ Fuente: [http://ine.gov.bo/indice/visuali...ah\)=PC20402.HTM](http://ine.gov.bo/indice/visuali...ah)=PC20402.HTM)

El presente trabajo de campo se lo realizo en la Ciudad de La Paz y El Alto, entre los meses de diciembre de 2010 a enero de 2011.

La interpretación de la información empírica lograda en el trabajo de campo por la aplicación de la encuesta, se realiza inicialmente presentando cuadros y gráficos de porcentajes que centralizan las respuestas obtenidas por pregunta y seguido se procede al análisis de los mismos.

La interpretación de la información empírica recolectada, se realiza considerando las variables de la hipótesis de estudio.

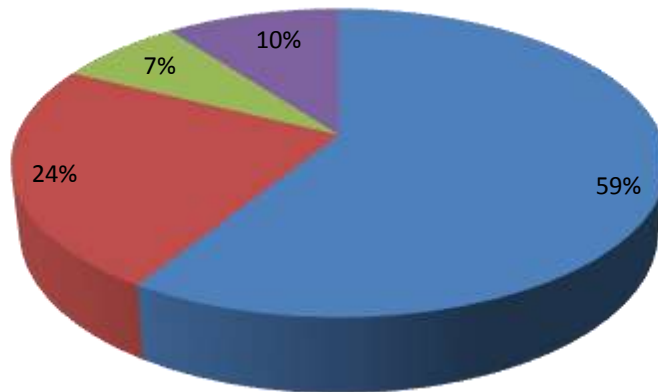
3.- ASPECTOS GENERALES DE LA MUESTRA.

Inicialmente se analizan las características generales de los sujetos encuestados (como edad, sexo) de la siguiente manera.

PARÁMETROS POR GRUPO ATAREO	Nº DE PERSONAS	PORCENTAJE
Edad		
De 18 a 30	40	59%
De 31 a 40	16	24%
De 41 a 50	5	7%
De 51 a 60	7	10%

MARGEN DE EDAD DE LA MUESTRA

■ De 18 a 30 ■ De 31 a 40 ■ De 41 a 50 ■ De 51 a __



Con fines de poder realizar una interpretación axiomática sobre los resultados alcanzados de la realización del trabajo de campo, se ha ordenado a la población encuestada por conjuntos etáreos de la siguiente manera:

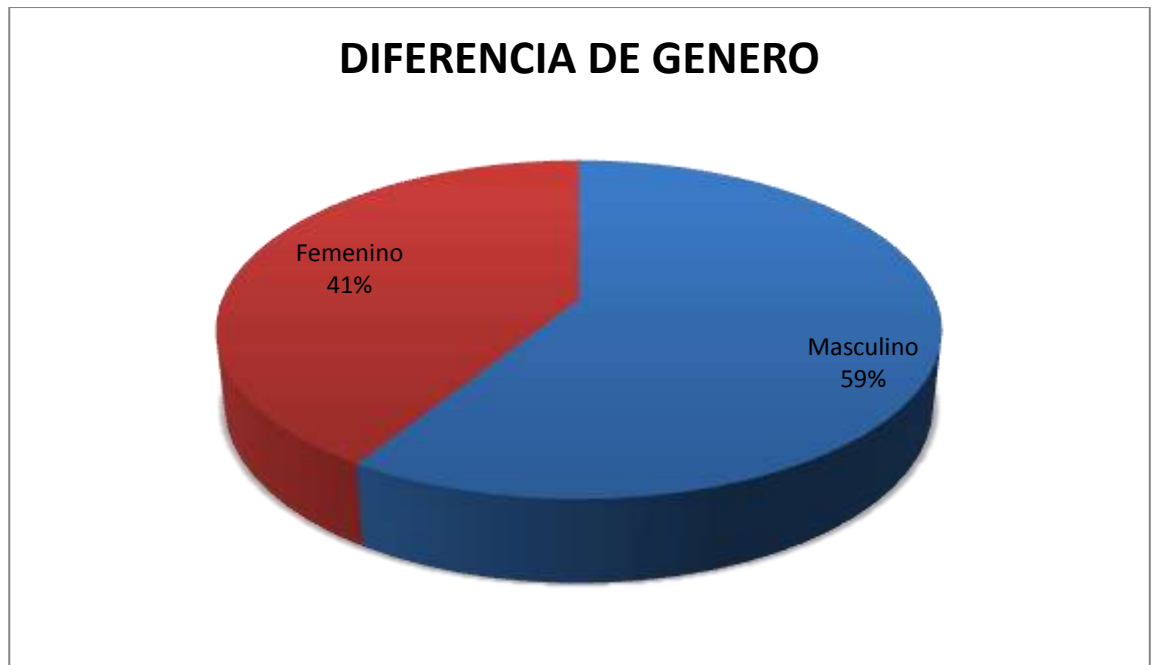
El grupo predominante, son las personas que están comprendidas entre los 13 y 30 años de edad, lo que implica que se trata mayormente de personas jóvenes que se encuentran en la Universidad o ya son profesionales.

En segundo lugar están personas cuyas edades están comprendidas entre los 31 a 40 años de edad, por su característica de ser personas adultas, son quienes tienen una perspectiva de lo que es el poder punitivo del Estado, son más conscientes de lo que es considerado delictivo y sus consecuencias.

El tercer grupo identificado, son las personas cuyas edades oscilan entre los 51 años de edad en adelante, compuesto por personas de la tercera edad, con familias constituidas.

Por último, tenemos a las personas que se encuentran entre los 41 a 50 años de edad, son personas adultas mayores, capaces de discernir lo que es bueno y malo, lo que es considerado delictivo y licito.

DIFERENCIA DE GENERO	DE	Nº DE PERSONAS	PORCENTAJE
Masculino		40	59%
Femenino		28	41%



La composición por género de la muestra a la que se pudo acceder como resultado del trabajo de campo, es mayormente masculino, pero la diferencia es del 18%; tal indicador da entender que las personas encuestadas dentro del muestreo que se realizo dentro la delimitación espacial, en su mayoría son varones.

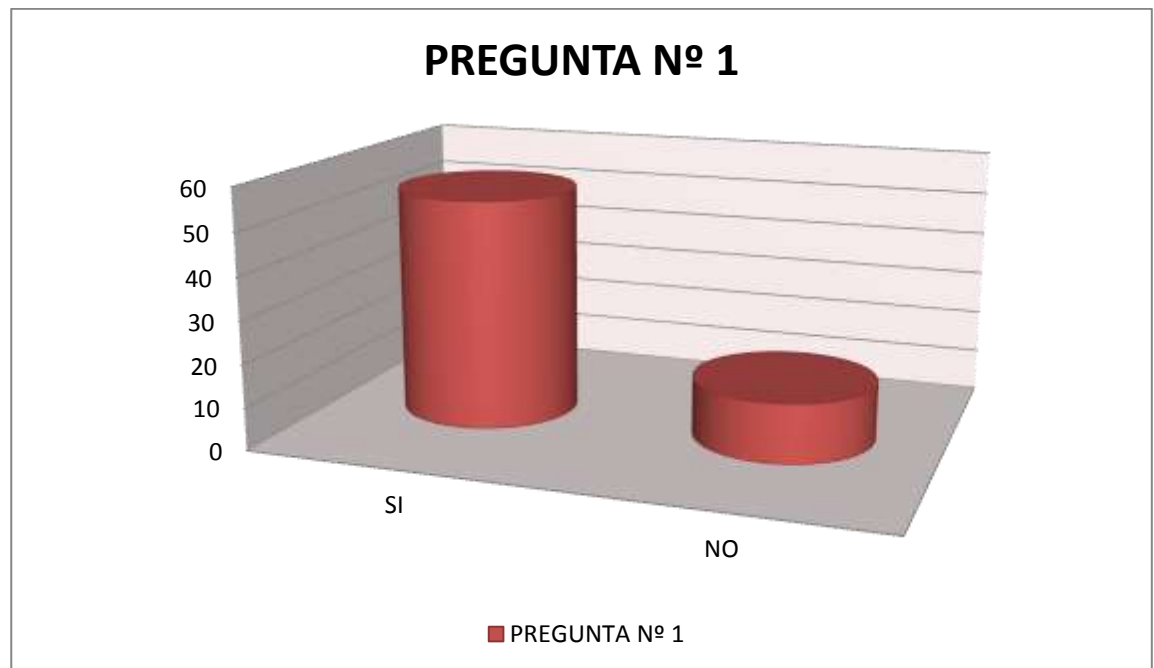
3.1.- INTERPRETACION DE LAS ENCUESTAS.

Pregunta Nº 1.

¿Usted sabe que son las garantías constitucionales?

PREG. Nº 1.- RESPUESTA OBTENIDA	Nº DE PERSONAS	PORCENTAJE
SI	54	79%
NO	14	21%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia.

En razón a la grafica precedente, se evidencia que el 79% de la población encuestada, conoce o está enterada de lo que es una garantía constitucional, gracias a la publicidad que realizo la Asamblea Constituyente, para que los ciudadanos bolivianos,

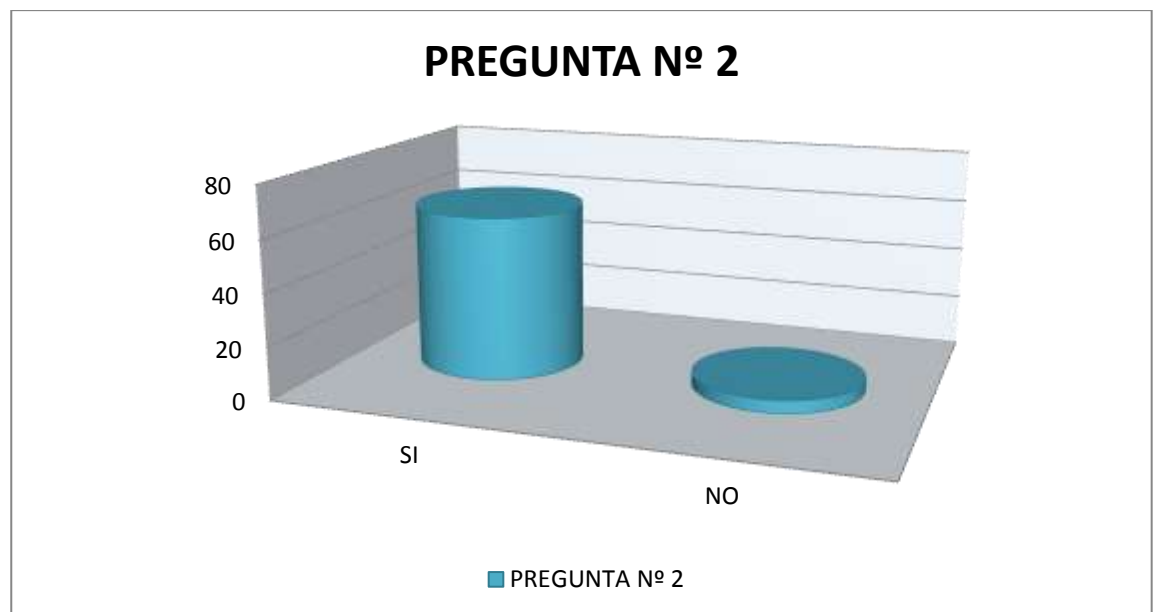
pertenecientes a las ciudades de La Paz y El Alto, conozcan la constitución Política del Estado Plurinacional, que fue aprobada mediante un referéndum.

Pregunta Nº 2.

¿Conoce usted que es la garantía de presunción de inocencia?

PREG. Nº 2.- RESPUESTA OBTENIDA	Nº DE PERSONAS	PORCENTAJE
SI	63	93%
NO	5	7%

Fuente: Elaboración propia.



Fuente: Elaboración propia.

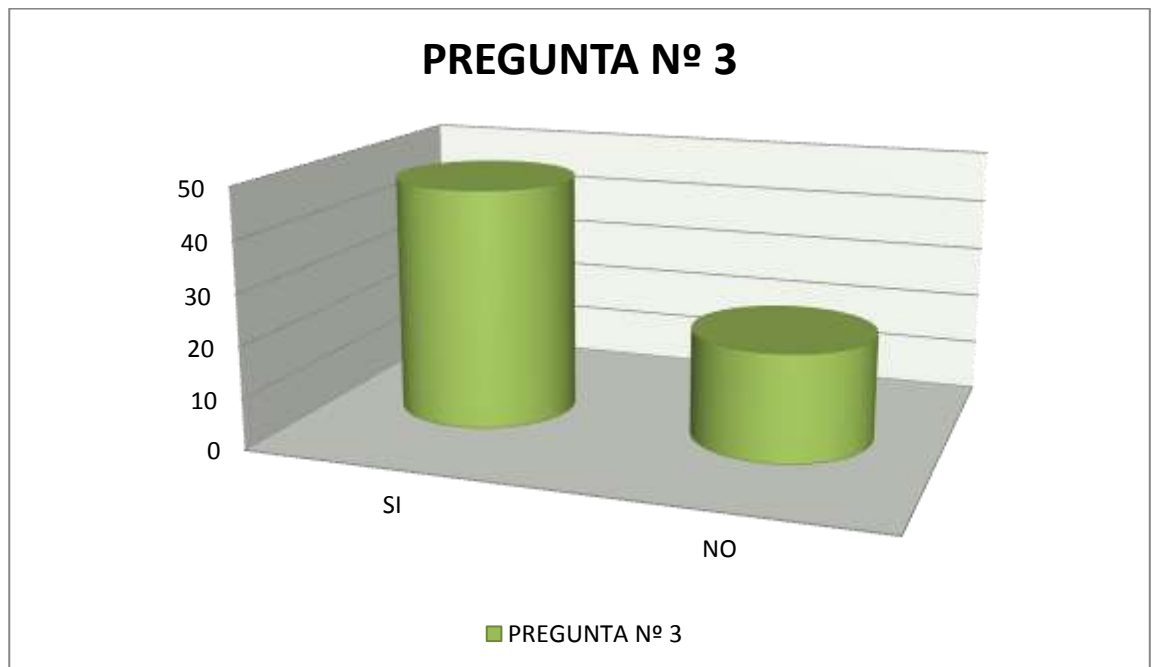
El 93% de los encuestados, señalaron conocer la garantía constitucional de la presunción de inocencia, argumentando después de responder a esta pregunta cerrada, que uno es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Pregunta Nº 3.

¿Conoce usted cuales son las medidas cautelares de carácter personal?

PREG. Nº 3.- RESPUESTA OBTENIDA	Nº DE PERSONAS	PORCENTAJE
SI	47	69%
NO	21	31%

Fuente: Elaboración propia.



Fuente: Elaboración propia.

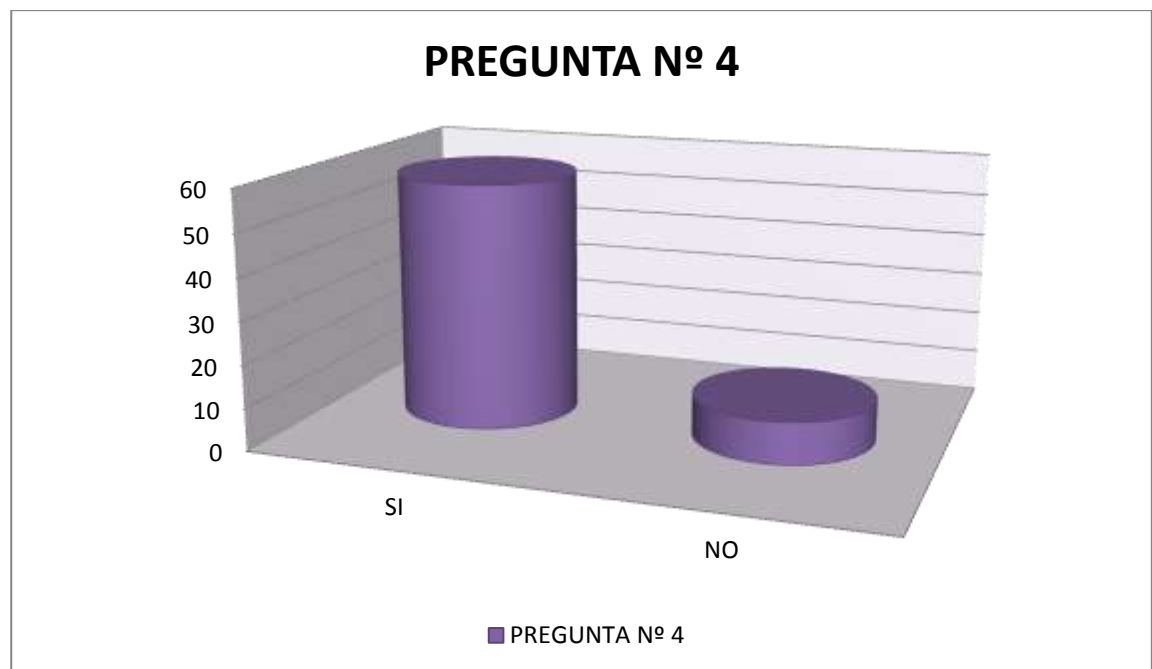
El 69% de las personas encuestadas, señalaron conocer las medidas cautelares de carácter personal, ya que la encuesta se encuentra dentro de la delimitación espacial las ciudades de La Paz y El Alto, las personas que frecuentan los Tribunales de Justicia, así como a las personas detenidas preventivamente. Ya que la mayor parte de las personas encuestadas están relacionadas directa o indirectamente con un proceso penal.

Pregunta N° 4.

¿Sabe usted porque una autoridad jurisdiccional (juez) dispone la medida cautelar de detención preventiva?

PREG. N° 4.- RESPUESTA OBTENIDA	N° DE PERSONAS	PORCENTAJE
SI	58	85%
NO	10	15%

Fuente: Elaboración propia.



Fuente: Elaboración propia.

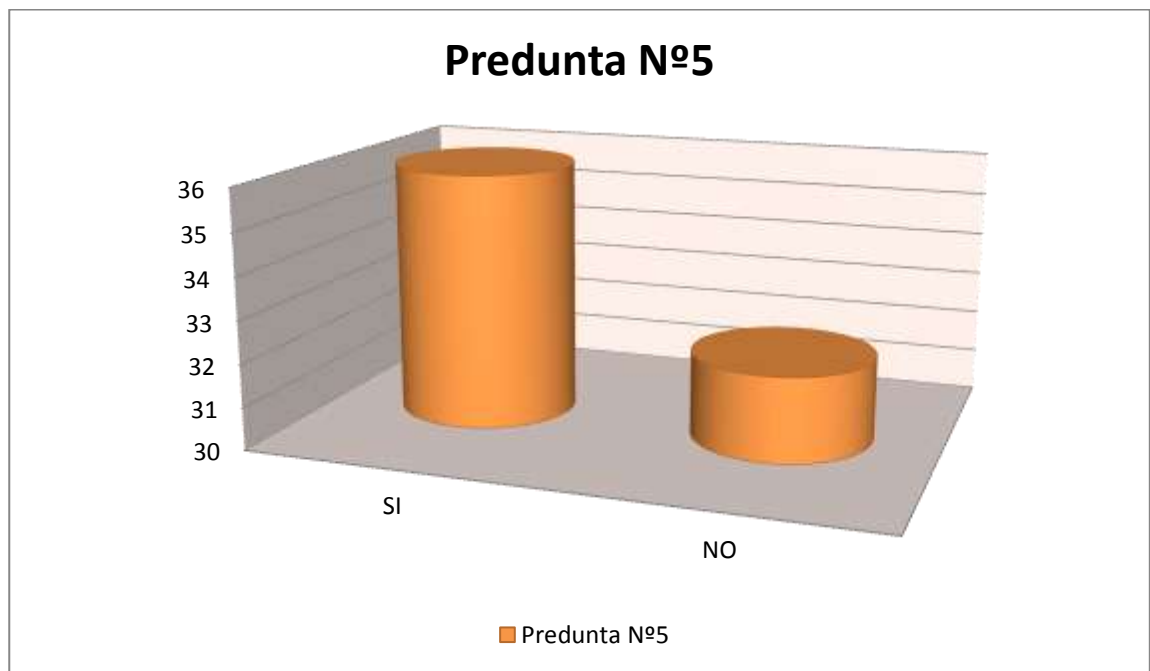
La presente investigación tiene por objeto determinar si la medida cautelar de detención preventiva rompe la lógica formal general de la presunción de inocencia, del cual el 85% de las personas encuestadas, señalan conocer porque una autoridad jurisdiccional impone a una persona la medida cautelar de detención preventiva, lo cual es muy sorprendente, ya que esta respuesta después de leer el capítulo anterior, nos

da entender que para la imposición de esta medida previamente debe existir una imputación formal en contra del encausado, además la existencia de los riesgos procesales de fuga y obstaculización. Dentro de la delimitación espacial se puso como límites las ciudades de La Paz y El Alto, ya que en estas ciudades existen Tribunales de justicia, donde se aplican medidas cautelares de carácter personal.

Pregunta N° 5

¿Considera usted que la medida cautelar de detención preventiva viola el principio de presunción de inocencia consagrado en la CPE?

PREG. N° 5.- RESPUESTA OBTENIDA	N° DE PERSONAS	PORCENTAJE
SI	36	53%
NO	32	47%



Fuente: Elaboración propia.

De todas las personas encuestadas un 53% expresó, que si considera que la medida cautelar de carácter personal de detención preventiva, viola el principio de presunción de inocencia; mientras que el 47% manifestó, que no considera que la Detención Preventiva de un procesado, viole la garantía constitucional de presunción de inocencia, del análisis estadístico de esta pregunta, que es la más importante de la investigación y trabajo de campo, se llega a establecer que si se ha demostrado la hipótesis de trabajo planteada dentro del tema MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL Y LA LOGICA DE PRESUNCION DE INOCENCIA, cumpliendo así con el objetivo general de la investigación.

Pregunta Nº 6

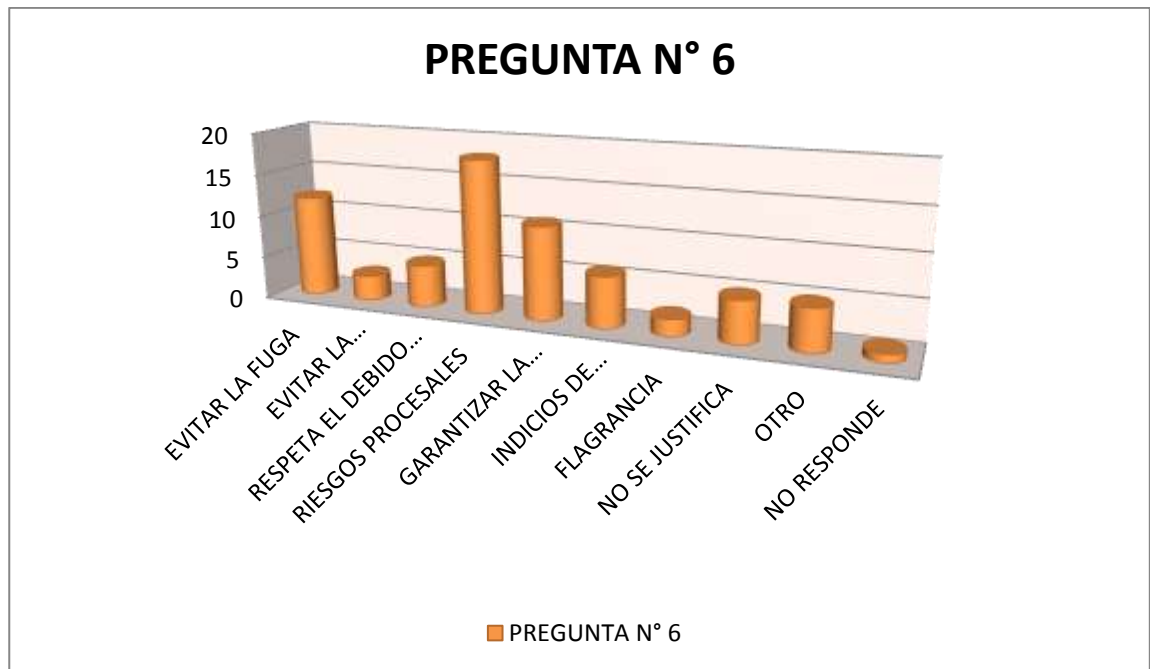
¿En qué medida cree usted que se justifica la detención preventiva con la lógica de la presunción de inocencia?

Dentro la encuesta realizada, esta es la única pregunta abierta, donde las personas encuestadas, dieron diferentes respuestas, donde se pudo tabular como respuestas más frecuentes las siguientes:

PREG. Nº 6.- RESPUESTA OBTENIDA	Nº DE PERSONAS	PORCENTAJE
EVITAR LA FUGA	12	18%
EVITAR OBSTACULIZACION	3	4%
RESPETA EL DEBIDO PROCESO	5	7%
INDICIOS DE PRESUNCION DE CULPABILIDAD	6	9%
RIESGOS PROCESALES	18	26%
NO SE JUSTIFICA	5	7%
FLAGRANCIA	2	3%
GARANTIZAR LA PRESENCIA DEL IMPUTADO DURANTE EL PROCESO	11	16%

OTRO	5	7%
NO RESPONDE	1	1%

Fuente: Elaboración propia.



Fuente: Elaboración propia.

Las personas encuestadas, al responder esta pregunta abierta, dieron diferentes respuestas, el 18% de las personas encuestadas cree que la medida cautelar de detención preventiva se justifica con la lógica de presunción de inocencia para evitar la fuga del imputado ya que este es con probabilidad autor del hecho delictivo; asimismo también un 26% de las personas encuestadas cree que esta medida se justifica cuando existen los riesgos procesales de fuga y obstaculización al proceso; un 9% cree que se justifica esta medida porque existen indicios de presunción de culpabilidad sobre el encausado; un 4% señala que se justifica esta medida para evitar la obstaculización de la averiguación de la verdad; otro 16% opina que se justifica esta medida para garantizar la presencia del imputado durante el proceso; un 7% cree que no se justifica esta medida con la lógica de presunción de inocencia; un 7% opina que se justifica esta

medida porque se encuentra dentro del debido proceso; asimismo otro 3% cree que se justifica esta medida cuando existe flagrancia en el hecho delictivo por lo que ya no se presume su inocencia; un 7% dan diferentes respuestas o no entienden muy bien la pregunta y solo el 1% no respondió a la pregunta abierta.

4.- ANALISIS E INTERPRETACION DE LAS ENTREVISTAS

Las personas entrevistadas fueron abogados litigantes con experiencia en el área penal y abogados del Servicio Nacional de Defensa Publica, quienes tienen a su cargo la defensa de personas que no cuentan con recursos económicos, el número de abogados entrevistados fueron 5 (cinco), se pretendió que sea mayor el número de personas entrevistadas, pero el factor tiempo fue el que no permitió desarrollar un mayor número de entrevistas.

Otro elemento que coartó el desarrollo de estas entrevistas fue la no predisposición de algunos abogados que se abstuvieron de ser entrevistados, desconociendo las causas o motivos que llevaron a tal negativa.

El cuestionario de preguntas consistía en cuatro preguntas, las cuales son las siguientes:

- 1.- ¿En qué consiste el principio de presunción de inocencia?
- 2.- ¿En qué casos se puede restringir el derecho a la libertad física de las personas?
- 3.- ¿Si todo imputado es considerado inocente en todo momento mientras no se declare su culpabilidad en sentencia condenatoria ejecutoriada, al disponer la autoridad jurisdiccional la detención preventiva como medida cautelar, se lesiona la presunción de inocencia consagrada en la Constitución Política del Estado?

4.- ¿Si cada imputado goza de un estado de inocencia durante el transcurso del proceso, en qué medida es compatible la detención preventiva con la Constitución Política del Estado?

A objeto de no entorpecer el trabajo de campo, solamente se sostuvieron cuatro preguntas claras para los profesionales del derecho a razón que los abogados puedan entender la entrevista, ya que una de las causas para no emitir su criterio es el corto tiempo que disponen.

En cuanto al cuestionario a la primera pregunta, todos los abogados entrevistados señalaron que el principio de presunción de inocencia, es que todo procesado en nuestro sistema garantista es inocente mientras no se declare su grado de culpabilidad mediante una sentencia condenatoria ejecutoriada que adquiera la calidad de cosa juzgada.

A la segunda pregunta, todos señalaron que se restringe el derecho a la libertad física de las personas en los casos señalados en la Constitución Política del Estado y el Código de Procedimiento Penal, respetando siempre el debido proceso, ya que el Juez que tiene conocimiento de una causa restringe la libertad de un encausado mediante una resolución debidamente fundamentada sobre la cual respalda su decisión.

A la tercera pregunta, un 80% señaló que considera que si se lesiona la presunción de inocencia, porque la presunción de inocencia se destruye solo y mediante una sentencia condenatoria ejecutoriada que adquirió la calidad de cosa juzgada material y formal; y un 20% señaló que no se viola a la garantía de presunción de inocencia con la detención preventiva, ya que su aplicación es un caso extremo y excepcional.

A la cuarta pregunta, todos dieron la misma respuesta, que revise la SC. 0012/2006-R, que señala: la Constitución faculta al Juez a establecer los casos en los que es posible restringir o privar el derecho a la libertad física a las personas; facultad que

naturalmente está vinculada a la observancia y sujeción, por parte del Juez, a las normas, principios y valores constitucionales.

No obstante lo señalado, conviene añadir que el catálogo de garantías y derechos vigentes en Bolivia no se reduce a los consagrados por el texto constitucional sino que se extienden a aquéllos que recogen los convenios y pactos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado boliviano; los mismos, como lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tienen jerarquía constitucional, al entender que forman parte del bloque de constitucionalidad, toda restricción al derecho a la libertad sea en la medida de lo necesario por su utilidad para la consecución de fines constitucionalmente justificados, previa ponderación de los intereses en juego: presunción de inocencia y eficacia de la persecución penal, y mencionaron el “ARTICULO 221 del CPP (FINALIDAD Y ALCANCE).- La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, 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.”

Así, que la medidas cautelares de detención preventiva tiene un carácter instrumental y está dirigida a lograr la eficacia de la coerción penal estatal, al intentar asegurar con su aplicación: 1) la averiguación de la verdad, 2) el desarrollo del proceso penal, y 3) el cumplimiento de la ley (ejecución de la sentencia); todo ello bajo la idea de que sin su adopción, la labor de defensa social del Estado, expresada en la persecución penal, no sería de modo alguno eficaz. En coherencia con lo expresado, en la parte in fine del segundo párrafo del mismo art. 221, se precisa que las medidas “...sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación”, agregando el art. 222 del mismo código adjetivo que “Las medidas cautelares de carácter personal, se aplicarán con

criterio restrictivo y se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados”.

5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

La tarea de protección de las garantías constitucionales como la presunción de inocencia es muy difícil y supone una serie de obstáculos infranqueables que supone toda una tratativa quizá larga y no siempre exitosa. Las dificultades son varias y tienen un origen de las malas costumbres inquisitorias en la administración de justicia en la que los operadores de justicia juegan un papel preponderante.

Este problema de mucho tiempo atrás y que se arrastra en la actualidad, la cual provoca una inseguridad jurídica, una inestabilidad social en donde se aplica la Ley del más fuerte, donde el que tiene el poder económico consigue justicia a gusto suyo, no existiendo el equilibrio esperado de justicia y paz social, en el que la mayoría de las personas desposeídas están al libre albedrío de la suerte.

Partiendo de estas premisas llegue a las siguientes conclusiones que desarrollo a continuación:

1.- Bolivia siendo un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario que sustenta como valores la unidad, igualdad, libertad, justicia social y otros que se encuentran plasmados en el Art. 8, II de la CPE; pues en los hechos son simplemente enunciados que no se cumplen a cabalidad. Es precisamente que a través del nuevo pacto social que realizó Bolivia mediante referéndum de 25 de enero de 2009, se justifica a la libertad primigenia del hombre, en coherencia con lo expresado, la constitución en su Art. 23, consagra la libertad como un derecho inviolable de la persona e impone al Estado el deber de respetarla y protegerla, como uno de sus obligaciones primordiales; sin embargo, es la propia Constitución la que para proteger el derecho que tiene la sociedad a su seguridad, en su Art. 23. III impone de manera implícita límites al derecho a la libertad física, sienta las reglas básicas de

procedimiento a las que debe ajustarse toda restricción a la libertad, al garantizar “Nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la Ley. La ejecución del mandamiento requerirá que este emane de autoridad competente y que sea emitido por escrito”. Esto significa que toda limitación al derecho de la libertad que tiene todo individuo solo podrá ser restringido velando la estricta sujeción de las normas jurídicas, principios y valores constitucionales.

2.- El catalogo de derechos y garantías vigentes en Bolivia no se reduce a los consagrados por el texto constitucional, sino que se extienden a aquellos que recogen los convenios y pactos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado Boliviano, es así que el Tribunal Constitucional Plurinacional a establecido que estos pactos, tienen jerarquía constitucional, al entender que forman parte del bloque de constitucionalidad, en consecuencia, también se considera los derechos consagrados en los referidos pactos. (SSCC 1662/2003-R, 1494/2003-R y 1494/2004-R)

3.- Del análisis de la Constitución, Los Pactos Internacionales y el Código de Procedimiento Penal, toda restricción al derecho a la libertad solo será en la medida de lo necesario por su utilidad, para la obtención de fines constitucionalmente justificados, previa ponderación de los intereses en juego: presunción de inocencia y eficacia de la persecución penal. De ahí que la Medidas Cautelares de Carácter Personal tienen el fin de utilidad procesal, las que son: efectividad del proceso y la ejecución de la sentencia, de conformidad a lo señalado por el Art. 221 de la ley 1970.

4.- La Medida cautelar de Detención Preventiva, tiene un carácter de instrumental y está dirigida a lograr la eficacia de la coerción penal estatal, al intentar asegurar con su aplicación:

- a) La averiguación de la verdad,
- b) el desarrollo del proceso penal, y

c) el cumplimiento de la Ley, con la ejecución de la sentencia.

5.- De lo expresado anteriormente y como señala el Art. 221 del CPP, en la parte in fine de su segundo párrafo las medidas cautelares, solo duraran mientras subsista la necesidad de su aplicación, así el Art. 222 del mismo código adjetivo señala que las medidas cautelares de carácter personal solo se aplicaran con criterio restrictivo y se ejecutaran de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados, esta tarea está encargada a la autoridad jurisdiccional competente, quien es la única que puede restringir la libertad de una persona, quien al momento de tomar esta decisión deberá fundamentar su resolución en estricta sujeción de las leyes y tratados internacionales, así como su sana critica.

6.- La presunción de inocencia, este principio básico en nuestro ordenamiento jurídico procesal, establecido como garantía constitucional, está dirigido a conservar el estado de inocencia de la persona encausada durante todo el trámite procesal. La vigencia de este principio determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable, menos como delincuente, mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, esto implica que únicamente la sentencia condenatoria firme es el instrumento idóneo capaz de vencer el estado de presunción de inocencia de un procesado. Esta garantía esta instituida de manera expresa en el Art. 116. I de la CPE; los Pactos Internacionales también contemplan el principio con un contenido más o menos similar al establecido en la normativa boliviana.

7.- Con referencia a la Medida Cautelar de Detención Preventiva, la presunción de inocencia como status básico de todo encausado, tiene una repercusión muy relevante con la medida cautelar de Detención Preventiva, que se constituye en una excepción al principio de que el procesado se defienda en libertad, pues si se considera que el imputado goza de un estado de inocencia durante el transcurso del proceso, la libertad debe ser la regla y la Detención Preventiva la excepción, de ahí que solo el carácter restrictivo con que debe ser aplicada esta medida la hace compatible con la

Constitución, ya que esta medida debe basarse en una resolución debidamente fundamentada conforme a derecho, la cual tenga una motivación que se demuestre como necesaria para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la Ley.

8.- Por tanto, la Medida Cautelar de Detención Preventiva, constituye una posibilidad excepcional de afectar esa situación normal y general, que es la presunción de inocencia, con fines estrictamente de utilidad procesal, pues resultan justificables en la medida en que son necesarias, para llevar adelante el proceso y para asegurar el cumplimiento de la decisión que se tome en la sentencia; conforme a esto la Medida Cautelar de Detención Preventiva, viene a romper la lógica general de la presunción de inocencia, pero esta medida responde al principio de necesidad y para que sea conforme a derecho requieren la concurrencia de los siguientes supuestos:

- a) El supuesto material, que tiene relación con la existencia de una imputación formal debidamente fundamentada, respaldada en elementos de convicción que permitan pronosticar la probabilidad de la autoría y la concurrencia de los riesgos procesales de fuga u obstaculización, y
- b) la necesidad de cautela, esto es, que se justifique la necesidad de adoptar medidas de coerción, destinadas a evitar que el imputado realice actos que puedan impedir la realización del juicio o la aplicación de la sentencia, lo cual garantiza la presencia del encausado durante la tramitación del proceso penal.

BIBLIOGRAFIA.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los derechos Humanos, 1948.

BACIGALUPO Enrique, Derecho Penal y el Estado de Derecho, Chile, 2005.

BERONA VILLAR Silvia, Medidas Cautelares en el Nuevo Proceso Penal Boliviano, Santa Cruz-Bolivia, 2002.

CLAIRA OLMEDO Jorge A., Derecho Procesal Penal, Argentina.

CLAUS Roxin, La Política Criminal y el Derecho Penal y el Proceso Penal, Valencia, 2000.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Pacto de San José de Costa Rica, 1969.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia N° 52, 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-8/97, 1987.

DE ELIA Carlos M., Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, 2001.

ESPINOZA CARBALLO Clemente, Código de Procedimiento Penal (Anotaciones, Comentarios y Concordancias), Bolivia, 2007.

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, Constitución Política del Estado, Bolivia, 2009.

GARRIDO MONTT Mario, Derecho Penal, Chile, 2001.

HASSEMER Winfreid, Fundamentos del Derecho Procesal Penal.

HERRERA Añez William, HUERTA G. Luis A. y otros, El Nuevo Sistema Procesal Penal desde la perspectiva constitucional, Santa Cruz-Bolivia, 2003.

JOST Estefan; RIVERA S. José Antonio; MOLINA RIVERO Gonzalo; CAJIAS Huáscar, La Constitución Política del Estado, Comentario Crítico.

LEVENE Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Argentina.

MANZINI, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I.

MIGUEL HARB Benjamín, Derecho Penal, Bolivia, 1998.

MIR PUIG Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal, 2009.

MELGAREJO DEL CASTILLO Rodolfo, Garantías Constitucionales en el Proceso Boliviano.

OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 2010.

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS, Carta de San Francisco, 1945.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, 1966.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Cooperación Técnica Alemana – Proyecto de Apoyo a la Reforma Procesal Penal, Sistematización de la Jurisprudencia Constitucional y Precedentes Obligatorios en Derecho Procesal Penal, Sucre-Bolivia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Constitucional 0719/2004-R, Sucre-Bolivia, 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Constitucional 0012/2006-R, Sucre-Bolivia, 2006.

TRIGO PAZ Jaime, Manual de Derecho Internacional Público, La Paz-Bolivia, 1993.

VAZQUEZ ROSSI Jorge Eduardo. Derecho Procesal Penal, Argentina.

VELEZ Mariconde, Estudios de Derecho Procesal Penal, Tomo II.

VILLAMOR LUCIA Fernando, Derecho Penal Boliviano Parte General, La Paz-Bolivia, 2007.

VILLARROEL FERRER Carlos Jaime, Derecho Procesal Penal, Bolivia.

VILLARROEL FERRER Carlos Jaime, Derecho Procesal Orgánico y Ley de Organización Judicial, Bolivia, 2007.

IX CONFERENCIA INTERAMERICANA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

ANEXOS

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0012/2006-R

Sucre, 4 de enero de 2006

Expediente: 2005-12445-25-RHC

Distrito: Pando

Magistrado Relator: Dr. Willman Ruperto Durán Ribera

En revisión la Resolución de 10 de septiembre de 2005, cursante de fs. 55 a 57, pronunciada por la Sala Civil, Social, de Familia, Niño Niña y Adolescente de la Corte Superior del Distrito Judicial de Pando dentro del recurso de hábeas corpus interpuesto por Norka Mercado Guzmán, Directora Distrital del Servicio Nacional de Defensa Pública, en representación sin mandato de José Luis Egüez Egüez contra Delfín Humberto Betancourt, Roberto Arancibia Vedia, Lifer Romero Vaca, María Almendras Sanabria, Adela Carballo Orbes, jueces técnicos y ciudadanos del Tribunal Primero de Sentencia de la Corte Superior de Pando e Iván Gantier Lemoine y Antonio Fagalde Revilla, vocales de la la misma Corte, alegando la vulneración del derecho a la libertad consagrado en el art. 6.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 7 de septiembre de 2005, cursante de fs. 11 a 17, la recurrente expresa que su representado fue detenido preventivamente por la supuesta comisión del delito de violación, posteriormente, se le concedió la cesación de su detención preventiva imponiéndole medidas sustitutivas, para lo que acompañó certificado domiciliario y de trabajo, habiendo salido del Penal el 23 de marzo de 2005. El 25 de julio del año en curso, se le inició juicio oral por el delito imputado, que concluyó el 27 del mismo mes y año con la lectura de la parte resolutive de la Sentencia, que lo condena a la pena de veinte años de reclusión; acto procesal dentro del cual, a petición del fiscal, y sin escuchar a su abogado que argumentaba que no se dio ninguna de las circunstancias previstas por el art. 247 del Código de procedimiento penal (CPP) y que claramente el art. 234 en su primera

parte manifiesta que se debe realizar una valoración integral de las circunstancias existentes, el Tribunal de Sentencia recurrido, mediante Auto expreso dispuso en el acto la detención preventiva de su representado, siendo que la audiencia no era para la modificación de las medidas cautelares sino de juicio oral, violándose el sagrado derecho a la libertad del condenado, ya que la Sentencia íntegra aún no fue publicada para su lectura. El Auto de 27 de julio de 2005, en el último párrafo del primer considerando funda su decisión en que existe peligro de fuga de su representado al tener una Sentencia condenatoria en primera instancia, señalando además que no tiene trabajo ni domicilio fijo, cuando horas antes a dictar el Auto todos los testigos de cargo y descargo manifestaron que su defendido vive en la calle Chuquisaca s/n desde hace dos años atrás y refirieron el trabajo al que se dedica.

Este Auto fue apelado y en la audiencia de 9 de agosto de 2005, la defensa presentó los siguientes certificados: del Juzgado de ejecución penal que acredita que su representado cumplió con las presentaciones periódicas ante ese Tribunal, de registro domiciliario, de trabajo, con los cuales manifestó que no procedía la revocatoria de las medidas cautelares pues no existe incumplimiento de ninguna de ellas, más tomando en consideración que su defendido se presentó a la audiencia de juicio oral, lo que acredita su voluntad de someterse a proceso. Los vocales recurridos confirmaron el Auto apelado aduciendo que en mérito al art. 234.6 del CPP, se entiende que cuando se ha dictado Sentencia condenatoria existe riesgo de fuga y que el Fiscal al solicitarlo así como el Tribunal de Sentencia recurrido al revocar las medidas sustitutivas, interpretaron esa norma de forma correcta con el pleno convencimiento de que el sentenciado con una pena grave, de continuar gozando de medidas sustitutivas se daría a la fuga. Con esta decisión los vocales recurridos violaron la presunción de inocencia y el derecho a la libertad de su defendido, sin fundamentar y dar el valor otorgado a los medios de prueba como exige el art. 124 del CPP, determinándose que su representado se encuentra ilegalmente detenido.

I.1.2. Derecho supuestamente vulnerado

Señala como vulnerado el derecho a la libertad, consagrado en el art. 6.II de la CPE.

I.1.3. Autoridades recurridas y petitorio

Con esos antecedentes plantea recurso de hábeas corpus contra Delfín Humberto Betancourt, Roberto Arancibia Vedia, Lifer Romero Vaca, María Almendras Sanabria, Adela Carballo Orbes, jueces técnicos y ciudadanos del Tribunal Primero de Sentencia de la Corte Superior de Pando e Iván Gantier Lemoine y Antonio Fagalde Revilla, vocales de la Civil, Social, de Familia, Niño Niña y Adolescente de esa Corte, pidiendo se declare la procedencia del recurso y se mantengan las medidas sustitutivas a la detención que venía gozando.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de amparo constitucional

La audiencia se realizó el 10 de septiembre de 2005 (fs. 51 a 54) en presencia del representante del Ministerio Público, ocurriendo lo siguiente:

I.2.1. Ratificación del recurso

La recurrente ratificó el recurso.

I.2.2. Informe de las autoridades recurridas

El juez técnico Humberto Betancourt informó que el 27 de julio se instaló la audiencia y se dictó la parte resolutive de la Sentencia de esa fecha contra el representado de la actora por el delito de violación, condenándole a una pena privativa de libertad de 20 años sin derecho a indulto. Aclaró que la solicitud del representante del Ministerio Público estuvo debidamente fundamentada en el art. 234.4 del CPP modificado por la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, es decir en el hecho de haber recibido el imputado condena privativa de libertad en el caso presente. Por otra parte, de los datos del proceso se tiene que el condenado vivía en una vivienda alquilada sin haberse probado que tenga una residencia habitual, familia, negocio o trabajo asentado en el país, existiendo la posibilidad de riesgo de fuga al haberse dictado Sentencia condenatoria en su contra, por lo que no se someterá al proceso, considerando además la proximidad con la frontera con Brasil que es un medio idóneo para evadir la acción de la justicia. Por consiguiente, se tomaron en cuenta los requisitos para la procedencia de la detención preventiva que se funda en los arts. 233.1 y 234 del CPP, modificado por la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, por lo que en su momento el Tribunal Primero de Sentencia entendió que existen los presupuestos procesales para modificar las medidas sustitutivas a la detención preventiva, y fue por eso que dispuso la detención preventiva del representado de la recurrente.

A su turno el vocal Antonio Fagalde Revilla procedió a informar que el representado de la actora estaba gozando de libertad pero al recibir Sentencia condenatoria, de acuerdo con el art. 234.4 del CPP se presume el riesgo de fuga por ese sólo hecho, sin que sea necesario que se lea la Sentencia, pues ya existe el fallo condenatorio, por eso como tribunal de alzada consideraron que el inferior obró correctamente y aprobaron el Auto apelado, pidiendo la improcedencia del recurso. Aclaró que es precisamente la norma citada que indica que el haber recibido una Sentencia condenatoria es acto de presunción de fuga, dándose las características propias para la revocatoria de las medidas cautelares.

I.2.3. Resolución

La Resolución de 10 de septiembre de 2005 (fs. 55 a 57), resolvió declarar improcedente el recurso, con los siguientes fundamentos:

- a) Respecto al certificado domiciliario, se establece que el representado del actor tiene un "domicilio cedido" por Fabián Escalante, ubicado en la calle Chuquisaca s/n de Cobija, que no expresa a qué título habita el inmueble. Por otra parte, el auto de vista que confirma la detención del condenado se basa en el art. 234.6 del CPP incorporado por la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, pues interpretando el mismo se entiende que determina la existencia de riesgo de fuga cuando se ha dictado Sentencia condenatoria en contra del procesado.
- b) La parte resolutive del fallo pronunciado por el Tribunal Primero de Sentencia recurrido, está de acuerdo con la SC 1747/2004-R porque se pronunció sobre la situación jurídica del imputado a petición fundamentada del representante del Ministerio Público, para quien conforme el art. 234 del CPP modificado por el art. 15 de la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (LSNSC) el peligro de fuga y evasión de la acción de la justicia era por demás evidente ante la condena impuesta, las facilidades que se presentan de abandonar el distrito o permanecer oculto por la situación fronteriza y el no haber probado su residencia habitual, tener familia, trabajo establecido no obstante saberse que el ahora condenado vive en un domicilio cedido, situaciones que fueron consideradas por los jueces de primera instancia como por los vocales recurridos.
- c) Por último, la misma SC 1747/2004-R señala el razonamiento de que el juez o tribunal, leída la parte resolutive de una Sentencia, a pedido de parte o de oficio puede pronunciarse sobre la situación jurídica del proceso y no esperar necesariamente que se notifique con la Sentencia íntegra a las partes; igual entendimiento tiene la SC 1713/2004-R.

d)Consecuentemente, el Tribunal Primero de Sentencia y los vocales recurridos encuadraron sus actos a derecho, pues lo único que hicieron fue aplicar la causal contenida en el art. 234.4 del CPP, introducida por la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana que incorpora nuevas causales para la procedencia de la detención preventiva, no estando el representado del actor indebidamente detenido, sino por Sentencia condenatoria dictada en la instancia pertinente luego de un juicio justo.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

Habiéndose sorteado el expediente el 21 de noviembre de 2005 y al requerir de mayor análisis y amplio estudio, por Acuerdo Jurisdiccional 157/2005 Bis, de 19 de diciembre, se procedió a ampliar el plazo procesal, en la mitad del término, siendo su nuevo vencimiento el 4 de enero de 2006, por lo que la presente Resolución es dictada dentro del término previsto por ley.

II. CONCLUSIONES

Del análisis del expediente y de las pruebas aportadas, se concluye lo siguiente:

II.1. Dentro del proceso penal por violación seguido por el Ministerio Público contra el representado del actor José Luis Egüez Egüez, éste fue detenido preventivamente por Auto Interlocutorio 152/2004, de 19 de noviembre (fs. 35 a 36), pronunciado por el Juez cautelar, al concluir que de los elementos de prueba presentados, como el informe médico forense y la declaración de la presunta víctima se afirma la existencia del hecho y la concurrencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es con probabilidad autor o partícipe del hecho punible y no se someterá al proceso de investigación. Además que el imputado no presentó prueba relativa a su domicilio, residencia habitual, familia, negocios o trabajo, sentados en el país, existiendo la posibilidad de peligro de fuga, y que influirá negativamente a la víctima y hermanos al ser padre carnal y convivir bajo el mismo techo.

II.2. Por Auto Interlocutorio 154/2004, de 9 de diciembre (fs. 38 a 39), el Juez de Instrucción dispuso la cesación de la detención preventiva del representado de la actora y la aplicación de medidas sustitutivas, al concluir que el imputado acreditó tener residencia en la calle Chuquisaca s/n, que presta servicios en la Empresa Constructora "García" y que tiene familia establecida en la ciudad; además que en la demanda familiar sobre tenencia de los menores no se menciona para nada el hecho delictivo "aspectos, por demás cuestionados que ponen en duda la probabilidad de autor o partícipe del hecho punible señaladas en el art. 233-I del CPP" (sic), existiendo por lo tanto duda razonable respecto a la probable autoría o participación en el hecho que impide se mantenga la detención preventiva.

II.3. En la audiencia de 27 de julio de 2005, se leyó la parte dispositiva de la Sentencia pronunciada por el Tribunal Primero de Sentencia, cuyos miembros ahora son co-recurridos, contra el representado de la recurrente, quien fue declarado autor de la comisión del delito de violación y condenado a la pena privativa de libertad de veinte años sin derecho a indulto.

En la misma audiencia, el representante del Ministerio Público, solicitó la modificación de las medidas sustitutivas a la detención preventiva conforme el art. 250 y 234.6 del CPP, pedido al cual se adhirió la parte querellante. La defensa manifestó que el art. 247 del CPP establece las causales para revocar las medidas sustitutivas y que su defendido no incumplió esas condiciones, además que la Sentencia no se halla ejecutoriada.

Por Auto de la misma fecha 27 de julio (fs. 2), el Tribunal Primero de Sentencia determinó modificar las medidas sustitutivas a la

detención preventiva, en aplicación de los arts. 250, 233 numerales 1 y 2, y 234 modificado por la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, ordenando la detención preventiva del representado de la recurrente mientras dure el proceso, al establecer que contra el imputado se dictó ese día Sentencia condenatoria por el delito de violación condenándole a una pena privativa de libertad de 20 años de presidio sin derecho a indulto por lo que la solicitud del Ministerio Público fue fundamentada en el art. 234.4 del CPP. Además que de los datos del proceso se tiene que el condenado vive en una vivienda alquilada y no se ha probado que tenga residencia habitual, familia, negocio o trabajo asentado en el país, existiendo la posibilidad de riesgo de fuga al haberse dictado Sentencia condenatoria en su contra, por lo que no se someterá a proceso, considerando además la proximidad de la frontera con el Brasil siendo un medio idóneo para evadir la acción de la justicia; habiéndose expedido en la misma fecha el correspondiente mandamiento (fs. 1).

II.4. Por Resolución de 9 de agosto de 2005 (fs. 4 a 5), los vocales recurridos componentes de la Sala Penal y Administrativa, resolviendo la apelación incidental contra el Auto anterior planteada por el condenado, confirmaron la mencionada Resolución pronunciada por el Tribunal inferior, con el argumento que el Ministerio Público y principalmente los jueces del Tribunal de Sentencia al revocar las medidas sustitutivas del representado de la actora y disponer en cambio su detención preventiva, interpretaron correctamente el espíritu del art. 234.6 del CPP, que fue aplicado de manera correcta con el pleno convencimiento de que el sentenciado con una pena grave, de continuar gozando de medidas sustitutivas, se daría a la fuga. Agregaron que si bien es cierto, el ahora imputado cumplió de manera normal con las condicionantes de las medidas sustitutivas que se le impuso durante la sustanciación del proceso fue porque su situación jurídica se encontraba pendiente de resolución, lo que implica que mientras no exista Sentencia condenatoria, lógicamente tampoco exista el peligro de fuga, por lo que la condena principalmente grave como en el presente caso, constituye peligro de fuga inminente.

II.5. El certificado domiciliario de 2 de diciembre de 2004 (fs. 3) acredita que el representado de la actora tiene “domicilio cedido” por Fabián Escalante Saravia ubicado en calle Chuquisaca s/n.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La recurrente alega la vulneración del derecho a la libertad de su representado, en razón a que: a) el Tribunal Primero de Sentencia corecurrido, a simple petición fiscal y sin escuchar a la defensa que adujo que no se dio ninguna de las circunstancias previstas por el art. 247 del CPC y la necesidad de realizar una valoración integral según el art. 234 del mismo cuerpo legal, revocó las medidas sustitutivas de las que estaba gozando y ordenó su detención preventiva, en la audiencia en que se leyó la parte resolutive de la Sentencia, cuando ese acto procesal no era para la modificación de las medidas cautelares, al margen que tampoco se había publicado la Sentencia íntegra para su lectura, por otra parte no tomó en cuenta que tiene trabajo y domicilio fijo como afirmaron los testigos de cargo y descargo horas antes; b) los vocales recurridos confirmaron la resolución del inferior aduciendo que al haberse dictado Sentencia condenatoria existe riesgo de fuga, sin fundamentar y dar el valor pertinente a los medios de prueba presentados. Consiguientemente, corresponde analizar si los hechos reclamados se encuentran dentro del ámbito de protección que otorga el art. 18 de la CPE.

III.1. RÉGIMEN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y SUS MEDIDAS SUSTITUTIVAS

III.1. 1. Sobre la política criminal diseñada por la Constitución en el proceso penal

Antes de resolver la problemática planteada resulta imprescindible precisar con la mayor claridad posible, el régimen vigente de la

detención preventiva y sus medidas sustitutivas; labor hermenéutica que debe realizarse -como no puede ser de otra manera- a través de una interpretación desde y conforme a la Constitución.

En este cometido, conviene recordar que la autoorganización, como fuente de legitimidad del poder y del Derecho, se visualiza de manera nítida en el acto constituyente. En efecto, aquí el pueblo de manera soberana decide organizarse jurídica y políticamente, estableciendo el modelo de Estado que mejor se condice con sus aspiraciones comunes; decisión que se plasma en una norma que tiene el carácter de fundamental, por proyectar desde ella el plan de vida, y dentro de él, las reglas básicas de la convivencia sobre las que el grupo social proyectará y desarrollará su vida cotidiana.

Esta forma de organización de la sociedad, que según opinión predominante de la doctrina tiene sus raíces en el pacto social, está dirigida, como contrapartida de la estructura básica del poder político, a delimitar zonas exentas de tal poder, reservadas a la autonomía privada; este es el caso del derecho a la libertad y dentro de éste, específicamente, el derecho a la libertad física o de locomoción.

Es precisamente a través del pacto social que se justifica el límite a la libertad primigenia del hombre, que el derecho, como rector de la vida del hombre en sociedad, impone, a cambio de una libertad pactada, representada por un ámbito de libertad más estrecha pero previsible, que todos los coasociados deben respetar.

En coherencia con lo expresado, la Constitución en su art. 6.II, consagra la libertad como un derecho inviolable de la persona e impone al Estado el deber de respetarla y protegerla, como uno de sus cometidos primordiales; sin embargo, es la propia Constitución la que para proteger el derecho de la sociedad a su seguridad, en su art. 9, a tiempo impone de manera implícita límites al derecho a la libertad física, sienta las reglas básicas de procedimiento a las que debe ajustarse toda restricción a la libertad, al garantizar que “Nadie puede ser detenido, arrestado ni puesto en prisión, sino en los casos y según las formas establecidas por ley...”.

Esto significa que la Constitución faculta al legislador ordinario a establecer los casos en los que es posible restringir o privar el derecho a la libertad física a las personas; facultad que naturalmente está vinculada a la observancia y sujeción, por parte del legislador ordinario, a las normas, principios y valores constitucionales.

En concordancia con las líneas anotadas, este Tribunal, al interpretar desde la Constitución la tendencia político criminal del Código de procedimiento penal vigente, a través de la SC 1036/2002-R, de 29 de agosto, precisó que: “La política criminal de un Estado se halla articulada, fundamentalmente, en los códigos: penal, procesal penal y de ejecución penal; los que en su conjunto conforman el sistema penal de un país. Por la pertinencia del caso, corresponde ahora, a los efectos interpretativos, desentrañar la tendencia político-criminal que subyace en la Ley 1970”.

“En este cometido, conviene recordar que en el transcurso del desarrollo cultural de la humanidad, se han conformado, de manera básica, dos tendencias para la aplicación concreta de la ley penal sustantiva. La diferencia entre ambas radica esencialmente en los fines que se persiguen. Así, la primera tendencia se preocupa en lograr la mayor eficacia en la aplicación de la norma penal sustantiva, como medida político-criminal de lucha contra la delincuencia o, lo que es lo mismo, persigue que se materialice la coerción penal estatal con la mayor efectividad posible. Este modelo prioriza la eficacia de la acción penal estatal en desmedro del resguardo de los derechos y garantías individuales. Esta tendencia guarda compatibilidad con el llamado sistema inquisitivo”.

“La segunda tendencia, en sentido inverso, busca prioritariamente dotar al proceso penal de un sistema de garantías en resguardo

de los derechos individuales, impidiendo con ello el uso arbitrario o desmedido de la coerción penal. Esta tendencia caracteriza al llamado proceso acusatorio”.

“De lo expresado, resulta predecible que la aplicación pura de cualquiera de las dos tendencias, conduce a resultados previsiblemente insatisfactorios. Así, un modelo procesal penal que persiga la eficacia de la aplicación efectiva de la coerción penal en sacrificio de los derechos y garantías que resguardan la libertad y dignidad humana, sólo es concebible en un Estado autoritario. Del mismo modo, un modelo procesal de puras garantías convertiría a los preceptos penales en meras conminaciones abstractas sin posibilidad real de aplicación concreta, dado que la hipertrofia de las garantías neutralizaría la eficacia razonable que todo modelo procesal debe tener. De ahí que la tesis que propugna el equilibrio entre la búsqueda de la eficiencia y la salvaguarda de los derechos y garantías, se constituye en la síntesis que busca cumplir eficazmente las tareas de defensa social, sin abdicar del resguardo de los derechos y garantías del imputado; bajo esta concepción político-criminal han sido configurados los más recientes códigos procesales de nuestro entorno”.

“Sostener, como erróneamente lo hacen los recurrentes, en sentido de que el inicio del proceso comienza con la denuncia, supondría fisonomizar al Código procesal vigente como propio de un modelo procesal de puras garantías, con escasas posibilidades reales de aplicación de la ley sustantiva; lo que de un lado, como se precisó líneas arriba, resultaría incompatible con el sistema procesal moderno, imperante en el mundo contemporáneo y, de otro lado, dada la ineficacia previsible, el mismo no sería capaz de proteger de manera real los bienes jurídicos lesionados por las diversas acciones delictivas concretas, lo que provocaría que la misión de defensa de la sociedad que la Constitución le encomienda al Ministerio Público (Título Cuarto, Capítulo I, Parte Segunda CPE), sea una mera declaración formal, sin posibilidades de realización material”.

De la jurisprudencia glosada es posible concluir en sentido de que la política criminal diseñada por la Constitución, se sustenta básicamente en el equilibrio entre la búsqueda de la eficiencia de la persecución penal y la salvaguarda de los derechos y garantías que la Constitución proclama; por tanto, al ser la Constitución el instrumento jurídico fundamental del país (parámetro normativo superior que preside la interpretación), los preceptos procesales descritos por ésta constituyen el marco general básico, tanto para los legisladores como para los operadores jurídicos; consiguientemente, el entendimiento jurisprudencial aludido será la línea rectora que informe la interpretación que se haga sobre el régimen de la detención preventiva y sus medidas sustitutivas, previstas en el Código de procedimiento penal.

No obstante lo señalado, conviene añadir que el catálogo de garantías y derechos vigentes en Bolivia no se reduce a los consagrados por el texto constitucional sino que se extienden a aquéllos que recogen los convenios y pactos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado boliviano (a los que de manera genérica les denominaremos pactos); máxime si los mismos, como lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tienen jerarquía constitucional, al entender que forman parte del bloque de constitucionalidad (así, SSCC 1662/2003-R, 1494/2003-R y 1494/2004-R). En consecuencia, en la hermenéutica interpretativa, también se considerará, en lo pertinente, los derechos consagrados en los referidos pactos.

III.1.2. Finalidad y alcance de las medidas cautelares personales y sus medidas sustitutivas

El legislador, atendiendo el mandato implícito contenido en la Constitución, de que toda restricción al derecho a la libertad sea en la medida de lo necesario por su utilidad para la consecución de fines constitucionalmente justificados, previa ponderación de los intereses en juego: presunción de inocencia y eficacia de la persecución penal, optó por otorgar a las medidas cautelares de

naturaleza personal, únicamente fines de utilidad procesal (efectividad del proceso y de la ejecución de la sentencia); conforme al siguiente texto:

“ARTICULO 221º.- (FINALIDAD Y ALCANCE).-

La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, 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.”

Así, como quedó precisado, las medidas cautelares tiene un carácter instrumental y están dirigidas a lograr la eficacia de la coerción penal estatal, al intentar asegurar con su aplicación: 1) la averiguación de la verdad, 2) el desarrollo del proceso penal, y 3) el cumplimiento de la ley (ejecución de la sentencia); todo ello bajo la idea de que sin su adopción, la labor de defensa social del Estado, expresada en la persecución penal, no sería de modo alguno eficaz; diferenciándose así, plausiblemente, de otras legislaciones que le asignan además de aquellos, fines de prevención general y especial.

En coherencia con lo expresado, en la parte in fine del segundo párrafo del mismo art. 221, se precisa que las medidas “...sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación”, agregando el art. 222 del mismo código adjetivo que “Las medidas cautelares de carácter personal, se aplicarán con criterio restrictivo y se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados”.

III.1.3. Supuestos de improcedencia y procedencia de la detención preventiva.

Bajo la forma de potestad reglada, el Código de procedimiento penal, en sentido negativo, bajo la rúbrica de “Improcedencia de la detención preventiva”, en el art. 232 establece los casos en los que no procede esta medida cautelar, conforme al siguiente texto:

“ARTICULO 232º.- (IMPROCEDENCIA DE LA DETENCION PREVENTIVA).-

“No procede la detención preventiva:

“1) En los delitos de acción privada;

“2) En aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad; y,

“3) En los delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años.

“En estos casos únicamente se podrá aplicar las medidas previstas en el Artículo 240º de este Código.

“Tratándose de mujeres embarazadas y de madres durante la lactancia hijos menores de un año, la detención preventiva sólo procederá cuando no exista ninguna posibilidad de aplicar otra medida alternativa”.

Como se puede apreciar, el Código utiliza, en este artículo, el método de exclusión para establecer, en sentido negativo, de manera precisa en qué supuestos no procede la detención preventiva, para luego en el artículo 233, predeterminar los casos y requisitos para la procedencia de esta medida cautelar; conforme al siguiente texto:

“ARTICULO 233º.- (REQUISITOS PARA LA DETENCION PREVENTIVA).-

“Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o del querellante, cuando concurran los siguientes requisitos:

“1) La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe 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”.

Del contenido del precepto glosado, se deduce con toda claridad que en todos los delitos no comprendidos en los tres incisos del art. 232 del CPP, procede la detención preventiva; previo cumplimiento de las exigencias establecidas en el art. 233 del mismo Código; esto es, que estén presentes los siguientes presupuestos: 1) que exista imputación formal; 2) que exista pedido fundamentado del fiscal o del querellante, así como la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) la existencia de suficientes elementos de convicción para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe del delito, 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. Como se puede apreciar, aquí el legislador opta por una modalidad normativa reglada, que requiere ser analizada en capítulo aparte, dada la relevancia de la misma en la hermenéutica interpretativa.

A su vez, en desarrollo y complementación de la segunda exigencia del aludido art. 233 del CPP, el legislador optó por fijar parámetros objetivos en los que debe basarse el juez para decidir sobre la existencia del peligro de fuga y el peligro de obstaculización de averiguación de la verdad, describiendo para tal efecto, en los arts. 234 y 235 del CPP tales parámetros (reformados por el art. 15 de la LSNCS), conforme al siguiente texto:

“Artículo 234º. (Peligro de Fuga). Por peligro de fuga se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia.

“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 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 está realizando actos preparatorios de fuga;
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” (las negrillas son nuestras).

“Artículo 235º. (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 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, obstaculiza la averiguación de la verdad” (las negrillas son nuestras).

Cabe precisar que la expresión “evaluación integral” que utilizan ambos preceptos glosados, implica que el órgano jurisdiccional debe hacer un test sobre los aspectos positivos o negativos (favorables o desfavorables) que informan el caso concreto, de cara a los puntos fijados por la ley para medir tanto el riesgo de fuga como el de obstaculización; de tal modo que de esa compulsión integral, se llegue a la conclusión razonada sobre si existe o no riesgo de fuga u obstaculización. En esta evaluación, unos puntos pueden reforzar, o por el contrario enervar o eliminar los riesgos aludidos; lo cual, naturalmente, debe ser expuesto por el juez en la resolución que emita de manera coherente, clara y precisa.

III.1.4. La modalidad normativa establecida en el Código de procedimiento penal

En sujeción a la política criminal diseñada por la Constitución, el legislador, previo el juicio de proporcionalidad que la Constitución de manera implícita exige, ha establecido el régimen de las medidas cautelares de naturaleza personal, bajo el principio de potestad reglada, evitando con ello decisiones subjetivas que importen arbitrariedad; esto supone que los operadores jurídicos están relevados del juicio de proporcionalidad en la adopción de la medida, dado que tal labor ya fue realizada por el legislador, y más bien, están reatados a los parámetros objetivos que la ley fija, tanto para la determinación de la detención preventiva como para la adopción de las medidas sustitutivas.

El criterio restrictivo de las medidas a que se refiere el art. 222 del CPP forma parte de la política adoptada por el legislador y se reflejan en las disposiciones contenidas en los arts. 232, 233 y 239 del CPP; por lo que del contenido de tal enunciado no debe entenderse que el juez tiene facultad discrecional para no aplicar la medida, pese a presentarse los dos requisitos contemplados en el art. 233, o aplicarla cuando tales presupuestos no están cumplidos; pues en tal caso se estaría ante un acto arbitrario, prohibido por la constitución de manera implícita y de forma expresa por el art. 7.3 por el Pacto de San José de Costa Rica, que previene que “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios”.

En este orden de cosas, conviene también precisar, que el legislador no ha tomado como parámetro para medir el riesgo de fuga, la gravedad del delito; pues este baremo fue considerado únicamente para determinar en qué clase de delitos no se justificaba desde el juicio de proporcionalidad, la detención preventiva (art. 232 del CPP); de lo que no puede inferirse, sin embargo, que se esté frente a una presunción de comparecencia, dado que el mismo precepto en su parte in fine, establece que es posible aplicar a esta clase de delitos las medidas sustitutivas, las cuales se viabilizan precisamente ante el peligro de fuga u obstaculización del procedimiento (art. 240 del CPP).

III.1.5. Aplicación de las medidas sustitutivas

Como una manifestación clara del carácter excepcional y restrictivo que el Código de procedimiento penal otorga a las medidas cautelares de carácter personal (arts. 7 y 222), el legislador incorporó las medidas sustitutivas que si bien pueden tener menor eficacia procesal, tienen la ventaja de afectar en menor intensidad el derecho a la libertad personal del imputado.

Conforme a esto, el art. 240 del CPP dispone: “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...”. Señalando luego como medidas aplicables, la detención domiciliaria, la presentación periódica, el arraigo, la prohibición de concurrir a determinados lugares y comunicarse con ciertas personas, así como la fianza en sus tres modalidades.

Esto supone que, como quedó precisado en el Fj III.1.4, que las medidas sustitutivas se dictan únicamente cuando concurre el riesgo de fuga u obstaculización, y no así cuando se presenta el primer requisito contemplado en el art. 233 del CPP (salvo los supuestos establecidos por la parte in fine del art. 239 del CPP); puesto que en caso de concurrir ambos requisitos, dada la modalidad reglada de la decisión, corresponde aplicar la detención preventiva, pues la ley no permite una decisión discrecional, la cual en todo caso se tornaría arbitraria en el marco de ley vigente.

Del mismo modo, es necesario recalcar que no es posible la aplicación de las medidas sustitutivas si no existen los elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad, dado que la imposición de las medidas sustitutivas sin la existencia de riesgo de fuga u obstaculización, no hallaría sustento alguno en los fines que el legislador ha otorgado a las medidas sustitutivas; esto es, utilidad procesal; o lo que es lo mismo, la realización del proceso y la aplicación de la sentencia.

III.1.6. Carácter variable de la decisión que imponga medidas cautelares

El art. 250 del CPP establece: “El auto que imponga una medida cautelar o la rechace es revocable o modificable, aún de oficio”.

Esta disposición reconoce una de las características fundamentales de las medidas cautelares, referida a su “variabilidad”, pues la medida cautelar puede ser modificada, es decir, flexibilizada e incluso agravada cuando se altere la situación de hecho en la que se fundamentó su adopción.

En ese contexto, se entiende que la autoridad judicial que inicialmente ordenó la detención preventiva pueda disponer aún de oficio, su cesación cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida, es decir, por una de las previstas en el art. 240 del CPP; en sentido inverso, la autoridad judicial, necesariamente previo pedido fundamentado del fiscal o el querellante, en los casos en que se demuestre que en ese momento procesal concurren los dos requisitos establecidos por el art. 233, puede, mediante resolución fundamentada, disponer la detención preventiva, aunque no se hubieren presentado las causales de revocación establecidas en el art. 247 del CPP, al tratarse de un supuesto distinto.

En efecto, la modificación de la medida en el marco del art. 233 del CPP, se basa en la concurrencia de los dos requisitos establecidos por esa norma; en cambio, en el caso del art. 247 del CPP, se procede a la revocación cuando: 1) se incumple cualesquiera de las obligaciones impuestas, 2) se comprueba que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad, o 3) se inicie contra el imputado un nuevo proceso penal por la comisión de otro delito; es decir, que en estos casos nos encontramos ante un acto material concreto y no solamente un peligro.

Lo señalado precedentemente, implica una modulación del entendimiento contenido en las SSCC 1176/2002-R, 1393/2004-R, entre otras, que establecieron que “(...) si bien es evidente que el art. 250 CPP, dispone que el Auto que imponga o rechace una medida

es revocable o modificable aún de oficio, esta prescripción legal debe vincularse con el art. 247 CPP, pues son las circunstancias previstas en este artículo las que darán lugar ya sea a revocar o a modificar las medidas cautelares impuestas”.

III.1.7. Sobre la exigencia de la decisión judicial sea fundamentada

La motivación de los fallos judiciales está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz, consagrados en el art. 16.IV Constitucional, y se manifiesta como el derecho que tienen las partes de conocer las razones en que se funda la decisión del órgano jurisdiccional, de tal manera que sea posible a través de su análisis, constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria; sin embargo, ello no supone que las decisiones jurisdiccionales tengan que ser exhaustivas y ampulosas o regidas por una particular estructura; pues se tendrá por satisfecho este requisito aun cuando de manera breve, pero concisa y razonable, permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al Juez a tomar la decisión; de tal modo que las partes sepan las razones en que se fundamentó la resolución; y así, dada esa comprensión, puedan también ser revisados esos fundamentos a través de los medios impugnativos establecidos en el ordenamiento; resulta claro que la fundamentación es exigible tanto para la imposición de la detención preventiva como para rechazarla, modificarla, sustituirla o revocarla.

III.1.8. Presunción de inocencia y detención preventiva

Este es un postulado básico de todo ordenamiento jurídico procesal, instituido generalmente como garantía constitucional en diversos países. El principio está dirigido a conservar el estado de inocencia de la persona durante todo el trámite procesal. La vigencia del principio determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable, menos como delincuente, mientras no exista una sentencia condenatoria que adquiera la calidad de cosa juzgada formal y material. Esto implica que únicamente la sentencia condenatoria firme es el instrumento idóneo capaz de vencer el estado de presunción de inocencia del procesado.

El principio de presunción de inocencia está instituido de manera expresa en el art. 16.I de nuestra Constitución, bajo el siguiente texto: “Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad”; los pactos internacionales también contemplan el principio con un contenido más o menos similar al establecido en la normativa boliviana. Así, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 14.II, que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley”. En similares términos lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 8.II.

Consiguientemente, el principio de presunción de inocencia, como status básico del imputado, tiene una repercusión muy relevante en el principio general de que la detención preventiva se constituye en una excepción al principio de que el procesado se defiende en libertad, pues si se considera que el imputado goza de un estado de inocencia en el transcurso del proceso, la libertad debe ser la regla y la detención preventiva la excepción, de ahí que sólo el carácter restrictivo con que debe ser aplicada esta medida la hace compatible con la Constitución, pues debe basarse en un juicio de proporcionalidad entre los intereses en juego: finalidad de la medida por un lado (eficacia de la persecución penal) y la libertad del imputado cuya inocencia se presume; labor que -como quedó precisado precedentemente- fue realizada por el legislador; correspondiendo que la resolución que determina la medida en el caso concreto, para ser conforme a derecho, tenga una motivación que se muestre como necesaria para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley; para lo cual se requiere indudablemente la

conurrencia de los requisitos del art. 233 del CPP.

Así, conforme a esto, el hecho de que -según el art. 234.6 del CPP- la emisión de una sentencia condenatoria se constituya en una circunstancia para medir el riesgo de fuga del imputado, de ninguna manera viola el principio de presunción de inocencia, el cual permanece incólume hasta en tanto no exista sentencia firme; es más, incluso la sentencia condenatoria puede ser utilizada por el Ministerio Público, el querellante, o el juez, en la compulsas correspondiente, para fundar el primer inciso del art. 233 del CPP, sin que ello vulnere el principio aludido, dado que la sentencia condenatoria es idónea para llenar el requisito contenido en el art. 233.1 del CPP, que sólo exige que “existan elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe del hecho punible”; en cambio, el vencimiento de la presunción de inocencia requiere de certeza sobre la comisión del hecho, y eso sólo se adquiere a través de sentencia firme.

III.2. LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

III.2.1. Mediante Auto interlocutorio 154/2004, de 9 de diciembre, el Juez de Instrucción dispuso la cesación de la detención preventiva del representado de la recurrente y la aplicación de medidas sustitutivas, al concluir que:

- 1) Al haber “acreditado tener domicilio, trabajo, y familia en esta ciudad, constituyen nuevos elementos que desvirtúan el presupuesto de peligro de fuga que fundaron la detención preventiva...” (sic).
- 2) “Asimismo, existe duda razonable en el suscrito respecto a la probabilidad de autor o partícipe del hecho, que impide se mantenga la detención preventiva” (sic).

De lo que se extrae que, conforme las razones que expuso el Juez, en realidad no concurría ninguno de los dos requisitos para mantener la detención preventiva, por lo que debió, conforme a derecho, disponer la libertad lisa y llanamente del imputado, al no haber suficientes elementos de convicción sobre el riesgo de fuga u obstaculización; sin embargo, este aspecto no puede ser analizado al no haber sido objeto del presente recurso.

III.2.2. En la audiencia de 27 de julio de 2005, se dio lectura a la parte resolutive de la Sentencia pronunciada por los co-recurridos miembros del Tribunal Primero de Sentencia, que condenó al representado de la recurrente, como autor de la comisión del delito de violación, imponiéndosele la pena privativa de libertad de veinte años sin derecho a indulto, oportunidad en la que el representante del Ministerio Público solicitó la modificación de las medidas sustitutivas a la detención preventiva al amparo de lo establecido en el art. 250 y 234.6 del CPP, pedido al cual se adhirió la parte querellante. La defensa se opuso al petitorio, argumentando que el art. 247 del CPP establece las causales para revocar las medidas sustitutivas y que su defendido no incumplió esas condiciones; además, que la Sentencia no estaba ejecutoriada, quedando subsistente el derecho a la presunción de inocencia.

III.2.3. En mérito al pedido fiscal, por Auto dictado en la audiencia, el Tribunal Primero de Sentencia determinó, en aplicación del art. 250 del CPP, modificar las medidas sustitutivas a la detención preventiva, bajo el fundamento de que “de los datos del proceso se tiene que el condenado vive en una vivienda alquilada y no se ha probado que tenga residencia habitual, familia, negocio o trabajo asentado en el país, existiendo la posibilidad de riesgo de fuga al haberse dictado sentencia condenatoria en su contra, por lo que no se someterá al proceso, considerando además que la proximidad de la frontera con el vecino país del Brasil es un medio idóneo para evadir la acción de la justicia”; señalando finalmente que en ese momento procesal se presentan los dos requisitos establecidos por el art. 233 del CPP, por lo que correspondía modificar “las medidas sustitutivas a la detención preventiva”, disponiendo la detención del imputado mientras dure el proceso.

III.2.4. De lo anterior se tienen los siguientes aspectos con relevancia jurídica:

1) La determinación de abrir audiencia para considerar el pedido de modificación de las medidas sustitutivas luego de la lectura de la parte dispositiva de la Sentencia, de una lado se muestra razonable a la luz de las circunstancias procesales, y de otro, se aprecia que no se violó el derecho a la defensa del imputado, dado que existió contradicción en la audiencia. Sobre el particular, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido en la SC 958/2004-R, de 18 de junio, que: “no constituye acto ilegal el que un tribunal de Sentencia se pronuncie en una audiencia de lectura de Sentencia sobre el pedido de revocatoria de medidas cautelares.” En la misma Sentencia se determinó también que “los jueces recurridos - integrantes de un Tribunal de Sentencia- obraron con plena competencia al conocer la solicitud de detención preventiva formulada en la audiencia de lectura íntegra de la Sentencia por el acusador particular en correcta aplicación del art. 44 in fine del CPP”, cuya normativa prescribe que “el Juez o Tribunal que sea competente para conocer de un proceso penal, lo será también para decidir todas las cuestiones e incidentes que se susciten en el curso de su tramitación, así como para dictar las resoluciones respectivas y ejecutarlas”.

2) Al haber el Legislador establecido en la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (art. 234.6 del CPP) que se debe tomar en cuenta para decidir acerca del peligro de fuga “El haber recibido condena privativa de libertad en primera instancia”, el juez está obligado por imperativo legal a considerar y aplicar este parámetro objetivo de medición sobre el riesgo de fuga; sin que tal análisis importe violación del derecho del imputado a la presunción de inocencia, que como quedó precisado en el Fj. III.1.8, acompaña al imputado hasta la existencia de sentencia firme.

3) No se aprecia una aplicación arbitraria del art. 247 del CPP, dado que no se está frente a una revocatoria de las medidas sustitutivas a la detención preventiva por infracción a los supuestos establecidos en este precepto, sino frente a una modificación de las medidas impuestas, por haberse presentado una nueva circunstancia que determina que el juez, ante la existencia de los dos requisitos establecidos en el art. 233 del CPP, en sujeción a la ley, esté en el deber jurídico de aplicar la detención preventiva; pues, debe quedar claramente establecido que cuando se presentan en forma concurrente los dos requisitos establecidos en el ya citado art. 233 del CPP, el juez debe determinar esa medida, dado que aquí la ley es imperativa y no facultativa; o lo que es lo mismo, se está ante un supuesto reglado, estando obligado el juez a ordenar la medida de manera imperativa, sin que sea posible la aplicación de las medidas sustitutivas establecidas en el art. 240 del CPP, dado que las mismas sólo son aplicables en los casos siguientes: a) cuando no se llena el primer requisito del art. 233 del CPP (existencia de elementos de convicción) pero existe riesgo de fuga u obstaculización; b) en los supuestos aludidos por el art. 232 del CPP, cuando existe, claro está, riesgo de fuga o de obstaculización y, c) en los casos del art. 239 del mismo Código.

4) En cuanto a la supuesta falta de motivación de la Resolución impugnada, debe tenerse presente que, como quedó precisado en el Fj. III.1.7, las decisiones jurisdiccionales no están sometidas a una especial estructura para ser conforme a derecho, y menos aún que tengan que ser exhaustivas y ampulosas; pues se tendrá por satisfecho este requisito, aun cuando estando redactadas de manera escueta, es decir breve pero concisa, permitan conocer de manera indubitable las razones que llevaron al juez a tomar la decisión en tal o cual sentido; de tal modo que las partes sepan los motivos en que se fundó la Resolución; y así, dada esa comprensión, puedan ser revisados los fundamentos a través de los medios impugnativos establecidos en el ordenamiento. Del análisis del Auto impugnado se constata que no se llena la exigencia mínima aludida, por lo siguiente:

Primero: En la Resolución de 27 de julio de 2005 -ahora impugnada- por la que se dispuso la detención preventiva del representado de la recurrente, los jueces demandados se limitaron únicamente a exponer las razones que los indujeron a entender que existían suficientes indicios que llenaban las exigencias establecidas por el del art. 233.1 del CPP, es decir, la existencia de elementos de convicción suficientes para determinar el peligro de fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad, sin contrastar las afirmaciones realizadas en el nuevo petitorio con la fundamentación contenida en el Auto Interlocutorio 154/2004 de 9 de diciembre de 2004, por el cual el Juez cautelar dispuso la aplicación de medidas sustitutivas a la detención preventiva, por considerar, en ese momento procesal, que el imputado había acreditado domicilio, trabajo y familia, elementos que -de acuerdo a

la Resolución aludida - desvirtuaban el presupuesto de peligro de fuga en que se fundó la detención preventiva dispuesta mediante Resolución 152/2004, de 19 de noviembre de 2004. Es más, los jueces co-recurridos, sin explicar el sustento de la nueva apreciación, se limitaron a señalar que el condenado “vive en una vivienda alquilada y no se ha probado que tenga residencia habitual, familia, negocio o trabajo asentado en el país...”, cuando estos aspectos -como quedó señalado- fueron analizados y evaluados positivamente a favor del recurrente en el Auto Interlocutorio 154/2004. En consecuencia, se evidencia que los recurridos no explicaron de manera coherente, cómo, con la dictación de la sentencia condenatoria, se modificaron sustancialmente los factores (favorables y desfavorables) para medir el riesgo de fuga o el de obstaculización de la verdad.

Segundo: De igual manera, no especificaron de qué forma, con la emisión de la Sentencia condenatoria se llenó la exigencia establecida por el art. 233.1 del CPP; esto es, la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor del hecho delictivo objeto de juzgamiento, que, como se analizó en el FJ. III.1.3, es un requisito indispensable para la imposición de la detención preventiva; más aún si se considera que el Auto Interlocutorio 154/2004 dictado por el Juez cautelar, sustituyó la detención preventiva impuesta al actor, bajo el fundamento de que existía duda razonable “respecto a la probabilidad de autor o partícipe del hecho”. De lo expresado se constata lesión al debido proceso por insuficiente motivación del Auto impugnado que determinó la detención preventiva del representado de la recurrente, por lo que, al estar tal acto procesal directamente vinculado al derecho a la libertad del recurrente, corresponde otorgar la tutela que brinda el art. 18 Constitucional a fin de corregir los defectos procesales aludidos.

III.2.5. En cuanto a los corecurridos vocales de la Sala Penal y Administrativa de Pando, se tiene que, una vez dictada la detención preventiva por el Tribunal de Sentencia, la misma es apelada por el representado de la parte recurrente, mereciendo la Resolución de 9 de agosto de 2005, por la cual los vocales recurridos, en lugar de disponer que el Tribunal de Sentencia Primero corrija los defectos de su resolución, confirmaron el Auto pronunciado por el Tribunal inferior, con el argumento que el Ministerio Público y principalmente los jueces del Tribunal de Sentencia, al revocar las medidas sustitutivas del representado del actor y disponer su detención preventiva, interpretaron y aplicaron correctamente el espíritu del art. 234.6 del CPP, con el pleno convencimiento de que el sentenciado con una pena grave, de continuar gozando de medidas sustitutivas, se daría a la fuga; precisando que si bien era cierto que el imputado cumplió de manera normal con las condicionantes de las medidas sustitutivas impuestas durante la sustanciación del proceso, fue porque su situación jurídica se encontraba pendiente de resolución, lo que implica que ante la inexistencia de sentencia condenatoria, lógicamente tampoco existía el peligro de fuga; inversamente, una sentencia condenatoria especialmente grave -como en el presente caso-, constituye peligro de fuga. En consecuencia, los vocales recurridos, al no corregir los defectos procesales anotados en la parte in fine del Fj. III.2.4. lesionaron la garantía del debido proceso, por lo que corresponde declarar la procedencia del recurso también respecto a esas autoridades judiciales.

Por consiguiente, el Tribunal de hábeas corpus al haber declarado improcedente el recurso, no ha hecho una correcta evaluación del caso en análisis y 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: 1o REVOCAR la Resolución de 10 de septiembre de 2005, cursante de fs. 55 a 57, pronunciada por la Sala Civil Social de Familia, Niño Niña y Adolescente de la Corte Superior del Distrito Judicial de Pando, en consecuencia, declarar PROCEDENTE el recurso con relación a todos los recurridos.

2o Disponer la nulidad de la Resolución de 9 de agosto de 2005, y el Auto de 27 de julio del mismo año; debiendo el Tribunal

Primero de Sentencia, dictar en forma inmediata una nueva resolución, en la que se fundamente de manera suficiente la decisión tomada, en observancia y sujeción a las líneas interpretativas definidas en esta Sentencia; sin ordenar la libertad del representado de la recurrente.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional

No interviene la Magistrada, Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, por encontrarse en uso de su vacación.

Fdo. Dr. Willman Ruperto Durán Ribera

PRESIDENTE

Fdo. Dr. José Antonio Rivera Santivañez

MAGISTRADO

Fdo. Dra. Martha Rojas Álvarez

MAGISTRADA

Fdo. Dr. Artemio Arias Romano

MagistradO

Fdo. Dr. Felipe Tredinnick Abasto

MagistradO

PROYECTO DE LEY PARA LA REFORMA DE LA EVALUACION DE LOS RIESGOS PROCESALES EN EL INSTITUTO DE DETENCION PREVENTIVA

Se modifica los artículos 234 y 235 del Código de Procedimiento Penal, quedando redactados de la siguiente forma:

Artículo 234.- (Peligro de Fuga) Por peligro de fuga se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso penal, buscando entorpecer la eficacia de la persecución penal y así eludir la acción de la justicia. Para evaluar el riesgo procesal de fuga podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho delictivo, las condiciones del imputado, la posibilidad del reconocimiento de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de salidas alternativas en procesos anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentara eludir la acción de la justicia.

Para evaluar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias:

- 1) La inexistencia de arraigo natural en el país, determinado por el domicilio real, residencia habitual, asiento de familia y de sus negocios o trabajo lícito. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga.
- 2) Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto, así como la evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga; la autoridad jurisdiccional deberá evaluar especialmente si el imputado tiene doble nacionalidad o si es extranjero.
- 3) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso penal anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse a la persecución penal, buscando con su conducta entorpecer la averiguación de la verdad.
- 4) La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a la víctima.

- 5) El peligro efectivo para la sociedad, víctima y/o denunciante, cuando se establezca que el imputado pertenece a una Organización Criminal y/o Asociaciones Delictuosas.

Artículo 235.- (Peligro de Obstaculización) Por peligro de obstaculización se entiende toda circunstancia que permita sostener de manera fundamentada, que el imputado con su comportamiento entorpecerá la averiguación de la verdad y el proceso penal. Para decidir acerca de su concurrencia se realizara una evaluación integral de las circunstancias existentes, además se tendrá en cuenta la grave sospecha de que el imputado:

- 1) Destruirá, modificara, ocultara, suprimirá y/o falsificara, elementos de prueba.
- 2) Influirá negativamente sobre los partícipes, testigos y peritos para que informen falsamente o se comporten de manera desleal y/o reticente.
- 3) Influirá ilegal o ilegítimamente en Magistrados del Tribunal Supremo, Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, Vocales, Jueces Técnicos, Jueces Ciudadanos, Fiscales y/o en los funcionarios y empleados del sistema de administración de justicia.
- 4) Que el imputado induzca a otros a realizar las acciones descritas en los numerales 1, 2 y 3 del presente Artículo.