

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**  
**‘PLAN EXCEPCIONAL DE TITULACIÓN DE ANTIGUOS**  
**ESTUDIANTES NO GRADUADOS’**



**MONOGRAFÍA**

***“ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL PÁRRAFO III DEL ARTÍCULO 148  
DEL CÓDIGO TRIBUTARIO MODIFICADO POR LA LEY N° 037”***

**POSTULANTE: ANDRES DAVID CAERO RIOS**

**TUTOR: Dr. LUIS OSMAR SOTOMAYOR TERCEROS**

**La Paz -0-Bolivia**

**2012**

## *Agradecimientos*

*A Dios, por llevarme a su lado a lo largo de esta vida llenándome de alegría y gozo.*

*A mis abuelitos, que dentro de todas sus preocupaciones me dieron la posibilidad de brillar.*

*A ti papá, que me enseñaste el valor y la fuerza.*

*A ti mamá, porque siempre fuiste un estímulo a querer vivir.*

*A Vicky, por su constante dedicación a ayudarme a concluir esta meta tan importante.*

*A mis hijos por ser la razón de mi vida.*

*A mis hermanos que siempre me desearon lo mejor.*

*A mi amigo Jorge que siempre me ha dado palabras de aliento.*

*Al Dr. Sotomayor que me permitió culminar la presente monografía, así como su apoyo incondicional.*

## INDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
-------------------	---

### **CAPITULO I PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.2.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.....	5
1.2.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	6
1.2.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	6
1.3. OBJETIVOS.....	6
1.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	6
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	6

### **CAPITULO II EL CONTRABANDO**

2.1. CONCEPTO DE CONTRABANDO.....	7
2.2. NATURALEZA JURÍDICA.....	10

### **CAPITULO III LAS MEDIDAS CAUTELARES**

3.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	10
3.2. ORIGEN .....	12
3.3. CONCEPTO.....	15

### **CAPITULO IV LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

4.1. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN ESPAÑA.....	15
4.2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN ARGENTINA.....	21
4.3. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN COSTA RICA.....	27

**CAPITULO V**  
**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA**

5.1. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL ANTIGUO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.....	31
5.2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 1970.....	34
5.3. NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	38
5.4. CARACTERES GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	40
5.5. LA MEDIDA CAUTELAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL JUICIO PREVIO E INOCENCIA.....	43
5.5.1. JUICIO PREVIO.....	44
5.5.2. PRINCIPIO DE INOCENCIA.....	48
5.6. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL.....	49
5.7. LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES.....	54

**CAPITULO VI**  
**MARCO LEGAL**

6.1. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL BOLIVIANO.....	54
--	----

**CAPITULO VII**  
**MARCO LEGAL**

7.1. ORDEN JURÍDICO INTERNO.....	59
7.1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.....	59
7.1.2. CÓDIGO PENAL – CÓDIGO TRIBUTARIO LEY GENERAL DE ADUANAS - CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL LEY N° 264 Y LEY N° 037.....	60
7.2. ORDEN JURÍDICO DE CARÁCTER INTERNACIONAL.....	62
7.2.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	62
7.2.2. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....	64
7.2.3. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSE.....	65
7.2.4. OTROS ANTECEDENTES.....	66

**CAPITULO VIII  
ANÁLISIS JURÍDICO**

8.1. EVALUACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.....68

**CAPITULO IX  
CONCLUSIONES Y RECOMEDACIONES**

CONCLUSIONES.....71  
RECOMENDACIONES.....72  
BIBLIOGRAFÍA.....73  
ANEXOS

## INTRODUCCIÓN

Bolivia ha experimentado en los últimos años, transformaciones muy notorias en sus diferentes ámbitos: legislativo, económico, social, político y cultural. En materia de derecho aduanero, se ha pretendido, a través de la implementación de nuevas leyes, complementar y mejorar el sistema de justicia penal aduanera, finalidad que se ha reflejado en la publicación de normas como la Ley N° 037, Ley N° 100 y Ley N° 211, entre otras.

La implementación de la Ley N°037 10/08/2010, que modifica el Código Tributario Boliviano y Ley General de Aduanas, incorpora cambios básicamente en cuanto a la definición y clasificación de los ilícitos tributarios; la confiscación de los instrumentos del delito (propiedades, depósitos o recintos de depósito, vehículos automotores, lanchas, avionetas y aviones); el remate de bienes percibibles; y, la participación de las Fuerzas Armadas en el control aduanero.

Sobre los aspectos de definición y clasificación de los ilícitos tributarios, resalta la previsión normativa incurrida en el artículo 2 de la mencionada Ley N°037, modificadorio del artículo 148 del Código Tributario Boliviano, que establece:

**“III. En materia de contrabando no se admiten las medidas sustitutivas a la detención preventiva.”**

Revisando las respectivas Leyes Aduaneras y Leyes Orgánicas de países cercanos al nuestro y España encontramos sanciones menores a la nuestra en materia de contrabando, nuestro país las sanciones aplicables por el Tribunal de Sentencia estipula de 5 a 10 años de privación de libertad, además de esta extrema se añade la problemática que se plantea con la vigencia de la Ley N°037 que restringe la posibilidad la aplicación de medidas sustitutivas a la detención preventiva en materia de contrabando.

# **CAPITULO I**

## **PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El artículo 2 de la Ley N° 037, modificadorio del artículo 148 del Código Tributario Boliviano, genera polémica en torno a la vigencia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política del Estado, entre otros, el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones, así como la garantía de la presunción de inocencia; asimismo, cuestiona la aplicabilidad de la Ley especial, es decir aquella que regula el proceso penal, cual es la Ley N°1970 Código de Procedimiento Penal.

La discusión que se genera en torno a su viabilidad, en el ámbito de la administración de justicia, los sujetos procesales, abogados y población en general, ha arrojado diversos criterio a favor y en contra, puesto que para unos se trata de una reforma que tiende a reprimir la comisión del delito de contrabando, redundando en el resguardo del Estado y de ciertos intereses, tal es el caso de la protección de la industria nacional, la seguridad nacional y otros, además de fortalecer la recaudación aduanera, mientras que para otros, sólo se trata de una medida draconiana que desnaturaliza el sistema garantista instituido a partir del año 2001, que marca la vigencia plena del cuerpo adjetivo penal.

### **1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA**

#### **1.2.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA**

El análisis de la problemática se circunscribirá a la implementación de la Ley N° 037 de 10/08/2010, que en su artículo 2 incorpora el parágrafo III del artículo 148 del Código Tributario Boliviano, en cuanto a que en materia de contrabando no se admiten las medidas sustitutivas a la detención preventiva.

### **1.2.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL**

En el desarrollo de la investigación jurídica se considerará el Estado Plurinacional de Bolivia, con el conocimiento necesario de doctrina y legislación comparada.

### **1.2.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL**

En mérito de lo señalado precedentemente, se considerará como delimitación temporal, a partir de la promulgación de la Ley N° 037, es decir, a partir del 10 de agosto de 2010, hasta la fecha.

## **1.3. OBJETIVOS**

### **1.3.1 OBJETIVO GENERAL**

La investigación pretende indagar cual el efecto de la actual configuración de las medidas cautelares que se aplican en materia de delito de contrabando, con respecto a la restricción en su aplicación, que determina únicamente la posibilidad de imposición de la detención preventiva, sus condiciones, sustentos y la concreción de la política criminal que conlleva, en un contexto de propuestas de modernización del Estado Boliviano.

### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- a) Conocer el alcance y la importancia de las medidas cautelares implementadas por el Código de Procedimiento Penal, como institución jurídica tendente a asegurar la presencia del imputado en etapa investigativa o preparatoria de juicio del proceso penal aduanero por el delito de contrabando.
- b) Analizar las connotaciones de la modificación al artículo 148 del Código Tributario Boliviano, relativa a la aplicación de la detención preventiva en materia de contrabando.



- c) Investigar la incidencia de dicha medida restrictiva y su repercusión en el ámbito constitucional.

## **CAPITULO II**

### **EL CONTRABANDO**

#### **2.1. CONCEPTO DE CONTRABANDO**

En líneas generales, el glosario de términos de la Ley General de Aduanas determina que contrabando es el ilícito aduanero que consiste en extraer o introducir del o al territorio aduanero nacional clandestinamente mercancías, sin la documentación legal, en cualquier medio de transporte, sustrayéndolos así del control de la aduana.<sup>1</sup>

Este ilícito se encuentra detallado en los subtipos que se detallan en los incisos a) al g), del artículo 181 del Código Tributario Boliviano, así como sus sanciones principales y accesorias, como se detalla a continuación:

Artículo 181.- (Contrabando). Comete contrabando el que incurra en alguna de las conductas descritas a continuación:

- a) Introducir o extraer mercancías a territorio aduanero nacional en forma clandestina o por rutas u horarios no habilitados, eludiendo el control aduanero. Será considerado también autor del delito el consignatario o propietario de dicha mercancía.
- b) Realizar tráfico de mercancías sin la documentación legal o infringiendo los requisitos esenciales exigidos por normas aduaneras o por disposiciones especiales.
- c) Realizar transbordo de mercancías sin autorización previa de la Administración Tributaria, salvo fuerza mayor comunicada en el día a la Administración Tributaria más próxima.
- d) El transportador, que descargue o entregue mercancías en lugares distintos a la aduana, sin autorización previa de la Administración Tributaria.

---

<sup>1</sup> Código Tributario N° 2492 de 03/08/2004

e) El que retire o permita retirar de la zona primaria mercancías no comprendidas en la Declaración de Mercancías que ampare el régimen aduanero al que debieran ser sometidas.

f) El que introduzca, extraiga del territorio aduanero nacional, se encuentre en posesión o comercialice mercancías cuya importación o exportación, según sea el caso, se encuentre prohibida.

g) La tenencia o comercialización de mercancías extranjeras sin que previamente hubieren sido sometidas a un régimen aduanero que lo permita.

El contrabando no quedará desvirtuado aunque las mercancías no estén gravadas con el pago de tributos aduaneros.

Las sanciones aplicables en sentencia por el Tribunal de Sentencia en materia tributaria, son:

I. Privación de libertad de tres (3) a seis (6) años, cuando el valor de los tributos omitidos de la mercancía decomisada sea superior a UFV's 50.000 (Cincuenta Mil Unidades de Fomento de la Vivienda).

II. Comiso de mercancías. Cuando las mercancías no puedan ser objeto de comiso, la sanción económica consistirá en el pago de una multa igual a cien por ciento (100%) del valor de las mercancías objeto de contrabando.

III. Comiso de los medios o unidades de transporte o cualquier otro instrumento que hubiera servido para el contrabando, excepto de aquellos sobre los cuales el Estado tenga participación, en cuyo caso los servidores públicos estarán sujetos a la responsabilidad penal establecida en la presente Ley, sin perjuicio de las responsabilidades de la Ley 1178. Cuando el valor de los tributos omitidos de la mercancía sea igual o menor a UFV's 10.000 (Diez Mil Unidades de Fomento de la Vivienda), se aplicará la multa del cincuenta por ciento (50%) del valor de la mercancía en sustitución del comiso del medio o unidad de transporte.

Cuando las empresas de transporte aéreo o férreo autorizadas por la Administración Tributaria para el transporte de carga utilicen sus medios y unidades de transporte para cometer delito de Contrabando, se aplicará al transportador internacional una multa equivalente al cien por ciento (100%) del valor de la mercancía decomisada

en sustitución de la sanción de comiso del medio de transporte. Si la unidad o medio de transporte no tuviere autorización de la Administración Tributaria para transporte internacional de carga o fuere objeto de contrabando, se le aplicará la sanción de comiso definitivo.

IV. Se aplicará la sanción accesoria de inhabilitación especial, sólo en los casos de contrabando sancionados con pena privativa de libertad.

Cuando el valor de los tributos omitidos de la mercancía objeto de contrabando, sea igual o menor a UFV's 10.000 (Diez Mil Unidades de Fomento de la Vivienda), la conducta se considerará contravención tributaria debiendo aplicarse el procedimiento establecido en el Capítulo III del Título IV del presente Código.<sup>2</sup>

Asimismo, corresponde referir y precisar que el género es el ilícito y la especie es la acepción de contravención y delito, que al presente estriba en el límite de las UFV's 50.000.- (Cincuenta mil Unidades de Fomento a la Vivienda), en cuanto a los tributos omitidos de la mercancía.

Es decir, que si se interviene una mercancía que tiene tributos omitidos iguales o inferiores a las UFV's 50.000.- se tratará de contrabando contravencional y su tramitación se encuentra a cargo de las administraciones de Aduana; contrario sensu, si dicho valor es superior a las UFV's 50.000.- su procesamiento estará a cargo del Ministerio Público y las autoridades judiciales.

Es en este último caso, en delito de contrabando, que se aplica la previsión que ahora nos ocupa, vale decir, la imposibilidad de aplicación de medidas sustitutivas a la detención preventiva.

---

<sup>2</sup> Código Tributario N° 2492 de 03/08/2004

## **2.2. NATURALEZA JURÍDICA**

En cuanto a la naturaleza jurídica del ilícito de contrabando, la autora Catalina García Vizcaino refiere que ésta versa sobre la facultad de control de la administración aduanera o la Aduana indica “En el delito de contrabando, el bien jurídico protegido es el adecuado ejercicio de la función aduanera de control sobre la introducción y extracción de mercaderías respecto de los territorios aduaneros; lo tutelado no es la recaudación fiscal ni la regulación de la política económica estatal. Es decir, se tutela el adecuado control del tráfico internacional de mercadería asignado a las aduanas, haciendo necesario el control de la aplicación a las prohibiciones de introducir o extraer determinada mercadería de los territorios aduaneros, así como la percepción de tributos que pudieran gravar las operaciones de importación y exportación”.<sup>3</sup>

## **CAPITULO III**

### **LAS MEDIDAS CAUTELARES**

#### **3.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Como eje de partida, encontramos que en el Derecho Romano, a pesar de su desarrollo en materia legal, no se concebían las medidas cautelares, tal como se conocen hoy en día, mas sin embargo desarrollaron ciertas “Instituciones” que en forma análoga a la actualidad perseguían objetivos parecidos. Ciertamente en esa época existía un total irrespeto a la Persona Humana, como se pone en manifiesto en la Arbitrariedad de que eran objeto los procesados y condenados los imputados, en todo caso era mejor estar muerto que ser detenido, mas con el agravante si no era ciudadano romano. En este sentido ser sentenciado a cadena perpetua, morir crucificado, torturado o tirado a los leones, ponen de manifiesto que la “Prisión” en esos días era solo un paso a la muerte segura, por lo tanto no tenían mucha razón de ser las medidas cautelares.

---

<sup>3</sup> GARCIA, VIZCAINO, Catalina, Derecho Tributario, pág.465

En esta etapa del desarrollo histórico de la evolución de las medidas cautelares, vale la pena aclarar que no es relevante desarrollar desde la edad primitiva hasta la Edad media es decir hasta finales del siglo XVI, ya que en esta Época en lo que se refiere a los derechos y garantías fundamentales de las personas aun no existían, fue una Era en que bastaba la mente perversa de los que ostentaban el poder para imponer castigos inhumanos y crueles desde sus respectivas cuotas de poder, es así como la Iglesia, La Monarquía y El Feudalismo aplicaron castigos entre los cuales podemos mencionar quemar vivas a las personas, lapidarlos hasta causarles la muerte, ahorcarlos, mutilarlos, matar a las personas por no aceptar determinada fe, con lo cual no tenia ninguna relevancia el Ser Humano, por lo tanto no tenían ningún sentido las medidas cautelares ya que en la pantomima de juicio que se realizaba a los imputados, por regla general terminaban siendo en el acto culpables y con algo de suerte quedaban semi-vivos y en el peor de los casos la Muerte era su fin. Lo anterior se fundamenta históricamente en que “El tormento”, como pena era la Panacea y su inspirador fue el gran filosofo griego Aristóteles, y dicho pensamiento fue objeto de legislación en las leyes romanas y estas sirvieron de modelo para que en la Época Medieval de países como Italia, España, Francia y Alemania las retomaran y las positivaran en su legislación. Mas allá fueron los ingleses ya que la ley común (Common Law) no autorizaba la tortura, pero la monarquía basada en su poder divino si que la utilizó de manera arbitraria; los condenados eran muertos en ejecuciones dolorosas y por maneras difícilmente imaginables e incluso a finales del siglo XVIII, se quemaba al ofensor, en diferentes tiempos, los criminales eran crucificados, enterrados vivos, despedazados por caballos salvajes, arrojados a las fieras. Frecuentemente se aplicaba tormento antes de la ejecución durante varios días, y la muerte del criminal era pública.<sup>4</sup>

Es hasta finales del SIGLO XVII, que la prisión fue considerada como un Centro de Custodia de Detenidos cuya finalidad principal era garantizar la comparecencia del imputado hasta que llegara la hora del Juicio, en este punto encontramos algo sumamente relevante y es que esta idea se apega al fin principal de las medidas cautelares en la actualidad. En esta etapa no se consideraba a la Cárcel como un centro de cumplimiento de

---

<sup>4</sup> <http://www.monografias.com/trabajos16/derecho-romano-uno/>

PENA si no más bien según las Partidas, Ley IV, Título XXXI, Partida VII “La cárcel no es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ellas hasta que sean juzgados”. Todo esto inspirado en base a las doctrinas de grandes pensadores como Beccaria, Montesquieu y Rousseau, ellos desarrollaron que el derecho de castigar tiene su fundamento en el pacto social, es decir nosotros el pueblo cedemos nuestros propios derechos fundamentales inherentes al ser humano, para que el Estado sea el garante de protegerlos y sea el encargado de mantener el equilibrio y la armonía entre los miembros de la sociedad, con la obligación de garantizar la seguridad jurídica de los miembros que lo integran. Es solo en este punto en que si tiene sentido el hacer que el derecho positivo, sirva como instrumento para garantizar el Debido Proceso, respetando tanto los derechos de la Víctima como los del Imputado y teniendo un juez totalmente imparcial que resolverá el caso de una manera objetiva y con total apego a la Ley.

### **3.2. ORIGEN**

Cautelar (del latín cautela) es un verbo transitivo, que significa “prevenir”, “precaver”. Y cautela (del latín cautela, de catus, cauto)” “precaución y reserva con que se procede”(…). Cautelar, adjetivo derivado de preventivo, precautorio. “Dícese de las medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo” A su vez el término “precaver, prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo”<sup>5</sup>

Medida (de medir). “Acción y efecto de medir. Proporción o correspondencia de una cosa con otra”. Guillermo Cabanellas se refiere a la expresión “Tomar medidas” diciendo que es “adoptar las disposiciones o dar las órdenes que las circunstancias impongan; de modo singular, para restablecer el orden, cortar el abuso, restablecer la confianza o la disciplina”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Diccionario de la Lengua Española, ob. Cit. V. pág. 1095

<sup>6</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, t.v. 16 ed. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1991, pág.368

Como corolario puede decirse que por medidas cautelares se entiende “adoptar las disposiciones para prevenir un daño o peligro cuando las circunstancias lo impongan; es en el escenario del derecho procesal en el que se conceptualizan las instituciones jurídicas.

Calamadreï considera que la más adecuada denominación es la de providencia cautelar, porque “se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales (...)”.

“(...) un carácter distintivo de las providencias cautelares es su provisoriedad, o sea la limitación de la duración de los efectos (...) propios de estas providencias.

Las mismas difieren (...) de todas las otras providencias jurisdiccionales no solo por la cualidad de sus efectos, sino por una cierta limitación en el tiempo de lo efectos mismos (...)”. (Augusto Mario Morello y Enrique Vescov Citando a Piero Calamandrei)

La aplicación de las medidas cautelares en el derecho internacional privado también ha tenido notoria significación. En este orden de ideas podemos mencionar la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas, celebrada en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979. En efecto, los Estados Miembros de la OEA concertaron esta convención para el cumplimiento de medidas cautelares.

El ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio Augusto Cancado Trindade, acerca de los antecedentes históricos de las medidas cautelares, siguiendo varios autores extranjeros, presenta la siguiente síntesis:

“En efecto, la evolución histórica de las medidas provisionales requiere de la doctrina contemporánea algunas precisiones conceptuales, en cuanto a su transposición de los sistemas jurídicos nacionales al ordenamiento jurídico internacional. En efecto, las medidas cautelares del derecho procesal interno, inspiraron las medidas provisionales que se desarrollaron posteriormente en el ámbito del derecho procesal internacional.

“En el plano del ordenamiento jurídico interno, el proceso cautelar se desarrolló para salvaguardar la eficacia de la propia función jurisdiccional, fue sobre todo la doctrina

procesalista italiana de la primera mitad del siglo XX la que dio contribución decisiva para afirmar la autonomía de la acción cautelar. Sin embargo, toda esta constitución doctrinal no consiguió liberarse de un cierto formalismo jurídico, dejando a veces la impresión de tomar el proceso como un fin en si mismo, y no como un medio para la realización de la justicia.

Las medidas cautelares alcanzaron el nivel internacional (en la práctica arbitral y judicial internacional), a pesar de la estructura diferente de este, cuando es comparado con el plano del derecho interno.

“Pero es evidente que las providencias o medidas cautelares tienen mayor significado en el derecho internacional de los derechos humanos pues en esa materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares (...), se consumen de manera irreparable las violaciones de los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos, o se afecte a las personas que deben comparecer o han comparecido como testigos o peritos en estos procedimientos.

“Esta necesidad ha determinado que si bien la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrita en la ciudad de Roma en 1950 y que entro en vigor en 1953, no otorgó facultades a la Comisión y a la Corte Europeas de Derechos Humanos para solicitar u ordenar medidas precautorias o cautelares, la práctica hizo necesario introducir este instrumento procesal en los reglamentos de ambos organismos y las mismas se han decretado en varias (...). (Augusto Mario Morello y Enrique Vescov Citando a Hector Fiz-Zamudio)

Es decir, las medidas cautelares no nacieron con el tratado internacional que creó la Corte Internacional o el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. En el actual Reglamento (de 14 de abril de 1978) de la Corte los arts. 73 a 78 regulan el procedimiento de las medidas provisionales. Este antecedente lo heredó el sistema interamericano, en relación con las medidas cautelares, y su origen lo tenemos en el Reglamento de la Comisión Interamericana (art.25).



Siguiendo a Charles Rousseau, el ex juez de la Corte Interamericana Asdrúbal Aguilar Aranguren tiene un criterio diferente, en cuanto a los antecedentes históricos: “ Los antecedentes de las medidas provisionales en el Derecho de gentes parecen encontrarse, primeramente, en el Convenio que instituyó en 1907 la Corte de Justicia Centroamericana y, más luego en los Tratados Bryan suscritos en 1913 por iniciativa de Estados Unidos”. (Augusto Mario Morello y Enrique Vescov Citando a Asdrubal Aranguren).

### **3.3. CONCEPTO**

Etimológicamente, la palabra medida, en su acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

En el proceso penal el juez puede ordenar medidas con las que trata de asegurar el correcto desarrollo del proceso, y también que el imputado este a disposición del Juez el tiempo necesario para investigar el delito. A estas medidas se las denomina cautelares.

## **CAPITULO IV**

### **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

#### **4.1. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN ESPAÑA**

En el proceso penal de España encontramos la Regulación de las Medidas Cautelares y los artículos que regulan su aplicación, se detallan en forma breve a efectos de tener conocimiento de éste derecho comparado, ya que cada Estado es soberano en la forma en que desarrolle sus leyes, sin embargo advertimos que son similares a las nuestras ya que todas parten de los mismos Principios, Derechos, Criterios y Características.

## **CRITERIOS**

### **FUMUS BONI IURIS**

Es así como encontramos que en el Art. 140 del Código de Procedimiento Penal Español, en su inciso primero no solo exige que esté formalizada la investigación sino que además precisa que el solicitante, sea el Ministerio Público o el querellante, acredite que se cumplen entre otros requisitos de la apariencia del buen derecho que en lo particular se contempla en la letra A y B de dicha norma procesal penal.

Ahora, respecto de las medidas cautelares personales del Art. 155 del CPP., este, en su inciso final establece que similares requisitos se exigen respecto de la apariencia del buen derecho y del peligro por la libertad del imputado para decretar estas otras medidas cautelares, no pudiendo hacerse lugar a alguna interpretación excesivamente literal y gramatical que sostenía cuando se refería el artículo 155 inciso final del CPP, a la procedencia esta llamando a aplicar el Art. 139 que aparece así subtulado.

Además de lo anterior el mismo Art. 140 CPP, en su encabezado dispone como requisito que el solicitante acredite que se cumplen los requisitos y particularmente que existan antecedentes que justifiquen la existencia de los delitos que se investigaren y que existan antecedentes que permitan presumir fundamentadamente que el imputado tenía participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. Mediante antecedentes tales como partes policiales, diligencias del Ministerio Público, documentos, fotografías e informes preliminares, etc.

### **PERICULUM IN MORA o PREICULUM LIBETATIS**

Comúnmente se acostumbra a llamarlo en doctrina procesal civil “peligro en la demora” o “periculum in mora”, pero últimamente, sobre todo la doctrina Española habla mejor del peligro que el imputado siga en libertad y es por ello que se habla de “periculum libertatis” desde que hay peligro por la libertad del imputado que podría considerarse su libertad peligrosa para la seguridad del éxito de diligencias precisas de investigación de la sociedad y/o del ofendido. Al respecto, el Art. 140 del CPP, dispone que el solicitante de la prisión preventiva deba acreditar que existan antecedentes calificados que permitan considerar que

la prisión preventiva es indispensable para el efecto de diligencias precisas y determinadas en la investigación (peligro de atentado), o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, se esta dando cierta tendencia a sostener que estos serían los únicos casos en que pueda decretarse la prisión preventiva.

No obstante lo anterior el Art. 146 establece la prisión preventiva, y esta puede ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio y a la eventual ejecución de la pena.

En este sentido, el peligro por la libertad del imputado se ha centrado en tres aspectos, que son, peligro de atentado contra la investigación, peligro a la seguridad de la sociedad o peligro a la seguridad del ofendido.

## **CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Las características de las medidas cautelares en España son: La Instrumentalidad, La Provisionalidad, La Jurisdiccionalidad, Temporalidad y la Homogeneidad. Con respecto a la característica de “No Oficialidad” si diferimos ya que ello significa que el Juez no puede decretarlas de oficio en España.<sup>7</sup>

**La Instrumentalidad** viene siendo la característica esencial que define a una medida cautelar y que la distingue de otras instituciones procesales próximas, desde que no constituyen una finalidad en sí mismas, sino que se hayan necesariamente vinculadas a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal por la función de asegurar su seguridad y su efectividad práctica. Y por ello concluyen estos autores que siendo esta la característica esencial de las medidas cautelares surgen como consecuencia las demás en el sentido que sólo pueden adoptarse estando pendiente un proceso principal; que debe extinguirse cuando el proceso principal termine; que consisten en un conjunto de efectos jurídicos diferentes según las medidas de que se trate.

Estimamos también que esta instrumentalidad significa que están al servicio de un proceso penal en curso, proceso con todas las garantías para todos los intervinientes y además que

---

<sup>7</sup> Medidas Cautelares En El Proceso Penal. [En línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)

dicen relación con los objetivos que se le atribuyen al proceso penal y que deben tenerse siempre en cuenta, y que están enunciados en el Art. 122 del C.P.P. es decir, asegurar la realización de los fines del procedimiento.

**La Provisionalidad** ello dice relación con que puedan ser dejadas sin efecto las medidas cautelares desde que varían las circunstancias o requisitos que autorizaron primitivamente dichas medidas (Art. 144 inciso 2° del C.P.P.).

**La Jurisdiccionalidad** ciertamente que esta característica dice relación con la exigencia que únicamente el órgano jurisdiccional es el facultado por la Constitución y la Ley para poder ser decretadas. Con las excepciones de detención por particulares, por Policías o por otras autoridades de orden administrativo en algunos casos muy puntuales.

**Temporalidad** puede decretarse su terminación cuando no subsistan los motivos que las hubieran justificado y, tratándose de la prisión preventiva cuando la duración de ésta hubiera alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiera esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria o de la que se hubiera impuesto existiendo recursos pendientes, según lo previene el Art. 152 del C.P.P.

Tratándose de las medidas cautelares personales del Art. 155, del C.P.P., éste en su inciso final establece que respecto de la duración se regirá por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva.

**Homogeneidad** Las medidas cautelares personales no son pena anticipada de manera que no implican una identidad con la pena que pudiera recibir el imputado, pero en todo caso estimamos que concurre una homogeneidad desde que son similares por cuanto la privación de libertad en caso de la prisión preventiva se materializa en los centros de cumplimiento penitenciario o cárcel con las únicas limitaciones de estar en módulos separados los imputados y los condenados. Además también se habla de homogeneidad desde que el tiempo de privación de libertad se abona a la pena que se pudiere dictar en la sentencia condenatoria.

**No Oficialidad** ello significa que el Juez no puede decretarlas de oficio.

En efecto, siempre se requiere de solicitud de parte lo que refuerza el principio acusatorio y además se requiere de la comparecencia de las partes salvo algunas medidas en forma excepcional.

## **MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES**

Las dos medidas cautelares que afectan la libertad ambulatoria y que son regulados en el CPP Español, son la Detención y la Prisión Preventiva.

### **1. DETENCIÓN**

Existen en el Código, detenciones judiciales Art. 127 CPP, y las detenciones en caso de flagrancia Art. 129 CPP.

En el caso de detención Judicial en el CPP, no se establecen claramente los presupuestos relativos a la apariencia del buen derecho y del peligro por la libertad, pero estimamos que no obstante ello, por aplicación armoniosa de los previsto en los Arts. 124 y 127, deben exigirse también la concurrencia de estos requisitos en el sentido de la atribución razonada de un hecho punible a una determinada persona y del peligro de fuga o de la ocultación desde que el Art. 129 dispone que para proceder a la detención en caso de fragancia se autoriza a cualquier persona para detener a quien sea sorprendido en un “delito fragante”, esta circunstancia y esta atribución exige entonces que concurren ambos requisitos de la apariencia del buen derecho y del peligro por la libertad del imputado.

La detención judicial exige en su aplicación práctica la exhibición de la orden y su intimación (Arts. 94 letra A y 125 respectivamente).

En lo referente a la detención en caso de flagrancia: Cualquier persona podrá detener a quien sorprenda en delito flagrante (Art. 129 inciso 1º del CPP) debiendo entregar

inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima. Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren en fraganti en la comisión de un delito Art. 129 inciso 2°.

## **2. PRISIÓN PREVENTIVA**

Es la medida cautelar de carácter personal que priva de libertad al imputado que puede decretarse por el juez, cuando el solicitante acredite los presupuestos de apariencia de buen derecho (existencia del delito y de la participación) cuando existan antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de investigación o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido (Art, 140 del CPP.).

## **MEDIDAS CAUTELARES REALES**

Están reglamentadas en el título sexto del libro del CPP, Art 157 y 158 que hacen aplicables las disposiciones relativas a las medidas precautorias del título quinto libro segundo del CPP.<sup>8</sup>

**Comentario:** En la legislación Española nos indica por medio de la prisión preventiva se esta privando de libertad a un presunto delincuente para saber si merece realmente ser privado de ella.

El caso español relacionado con nuestra legislación, guarda similitud toda vez que en el Reino de España la privación de libertad es excepcional y no la regla, por lo cual debe proceder únicamente cuando así sea necesaria, situación que también se refleja en el estado Plurinacional de Bolivia.

El ordenamiento jurídico español contempla medidas cautelares alternativas a la detención, entendida como internamiento preventivo en delitos de contrabando.

---

<sup>8</sup> Medidas Cautelares En El Proceso Penal. [En línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)

## **4.2 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN ARGENTINA**

Palacio indica que el proceso cautelar “es aquel” que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva” (Ezequiel Cassagne Citando a Lino Palacio)

### **1. LA EXCARCELACIÓN**

Regulada en el CAPITULO VII del Código de Procedimiento Penal Argentino, en cuanto a la Exención de prisión, el Art. 316° establece “Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que ésta se encuentre y hasta el momento de dictarse la prisión preventiva, podrá, por sí o por terceros, solicitar al juez que entiende en aquélla, su exención de prisión.

El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal.

### **2. PRESENTACIÓN ESPONTANEA**

El TITULO IV del Código de Procedimiento Penal Argentino, contempla el caso en que una persona que se considere ya tras la persecución de la Ley, puede de manera voluntaria apersonarse ante el juez que ventile la causa y brindar su declaración, todo con el sagrado objetivo de que no limiten su libertad ambulatoria, al respecto dice el Art. 279°.- La persona contra la cual se hubiera iniciado o esté por iniciarse un proceso, podrá presentarse ante el juez competente a fin de declarar. Si la declaración fuere recibida en la forma prescripta para la indagatoria, valdrá como tal a cualquier efecto. La presentación espontánea no impedirá que se ordene la detención, cuando corresponda. Siempre al final de cuenta, queda a la sana crítica del juez valorar la declaración como crea conveniente.

## **CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

### **Accesorias o instrumentales**

Las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismo, se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior. (Ezequiel Cassagne Citando a Piero Calamdei).

La conclusión del proceso principal por perención de instancia producirá la caducidad de la medida cautelar decretada, sin que su admisión previa resulte vinculante para el nuevo magistrado. Lo mismo ocurre cuando ha recaído sentencia firme o ejecutoriada en el proceso principal que desestima la pretensión. (Ezequiel Cassagne Citando a Jorge Kielmanovich). En la legislación argentina, el proceso cautelar típico tramita por incidente y esta vinculado al proceso principal.

### **Provisionales**

Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en su momento para su dictado.<sup>9</sup> Esta posibilidad no se encuentra limitada a la existencia de hechos nuevos, sino también a la valoración de los presupuestos requeridos para su dictado.

A su vez, las medidas cautelares son modificables a pedido del deudor o del acreedor, o a pedido del actor o el demandado<sup>10</sup> y de oficio, salvo que, en este último supuesto, la medida ya haya sido cumplida y notificada.

Las medidas cautelares son apelables, razón por la cual pueden ser revocadas o, en caso de haber sido denegadas, podrán ser otorgadas por los tribunales de apelaciones. En el supuesto de haberse dispuesto su desestimación, e incluso confirmada esa decisión en segunda instancia, también podrían ser posteriormente otorgadas si varían las circunstancias que fueron evaluadas al momento en que fueron denegadas.

Esta condición de provisionalidad determina que las resoluciones cautelares no revistan la calidad de cosa juzgada en sentido material, dado que, como se ha visto, dichas resoluciones pueden ser revisables, modificables y revocables.

---

<sup>9</sup> Ver art. 202 del CPCC

<sup>10</sup> Art. 203 del CPPCC



### **Son inaudita pars**

El juez dicta las medidas cautelares valorando los hechos y el derecho que presenta el peticionante, sin intervención de la otra parte o terceros que puedan llegar a verse afectados por el otorgamiento de tal medida, difiriéndose la sustanciación con el afectado de las mismas para el momento en que la misma se encuentre producida. Se prescinde de dicha intervención previa pues de lo contrario podría frustrarse la finalidad del instituto cautelar, esto es, preservar en forma urgente el derecho de la parte.

Sin embargo, si las circunstancias del caso lo requerían, se puede correr un breve traslado a la contraria a los efectos de que el juez pueda tener un mayor conocimiento de las implicancias del caso, siempre que la urgencia no determine su inmediata resolución.

### **Fungibles**

Como una consecuencia directa de su provisionalidad, las medidas cautelares pueden sustituirse entre sí, toda vez que no debe causarse perjuicios innecesarios a la parte afectada por la traba de una medida cautelar.

### **FUMUS BONI IURIS**

El término *fumus boni iuris* significa “humo de buen derecho”. Este presupuesto requiere que para la concesión de las medidas cautelares baste la apariencia del derecho que le asiste al peticionante de la medida cautelar, a cuyo efecto el procedimiento es meramente informativo y sin intervención de la persona contra la cual se pide tutela. La resolución cautelar no declara la certeza del derecho sino la verosimilitud del mismo.<sup>11</sup>

El Art. 280° del CPP Argentino establece que “La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley. El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados y labrándose un acta que éstos firmarán, si fueren capaces, en

---

<sup>11</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, Medidas Cautelares contra la Administración

la que se les comunicará la razón del procedimiento, el lugar donde serán conducidos y el juez que intervendrá”, también en el Art. 120° de los Actos y Resoluciones Judiciales, encontramos el Poder de Coercibilidad del Estado, en la máxima expresión de IUS PUNIENDE. En el ejercicio de sus funciones, el tribunal podrá requerir la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas que considere necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene. Como podemos interpretar esto tiene que ver con el aseguramiento del Proceso Penal, que es una de las características primordiales de las Medidas Cautelares.

## **MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES**

### **1. ARRESTO**

Art.281°.- Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en el que hubieran participado varias personas no es posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la instrucción, el juez podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre si antes de prestar declaración y, aún ordenar el arresto si fuere indispensable. Ambas medidas no podrán prolongarse por más tiempo que el estrictamente necesario para recibir las declaraciones, a lo cual se procederá sin tardanza y no durarán más de ocho (8) horas. Sin embargo, se podrá prorrogar dicho plazo por ocho (8) horas más, por auto fundado, si circunstancias extraordinarias así lo exigieran. Vencido este plazo podrá ordenarse, si fuere el caso, la detención del presunto culpable.

### **2. PRISIÓN PREVENTIVA**

Citación

Art. 282°.- Cuando el delito que se investigue no éste reprimido con pena privativa de la libertad o parezca procedente una condena de ejecución condicional, el juez, salvo los casos de flagrancia, ordenará la comparecencia del imputado por simple citación. Si el citado no se presentare en el término que se le fije ni justificare un impedimento legítimo, se ordenará su detención.

Art. 312°.- El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido cuando:

1. Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional.
2. Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el artículo 319.

#### Restricciones

Art. 319°.- Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código. Cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiera gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundamentalmente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

### **3. PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN PREVENTIVA**

Art.310°.- Cuando se dicte auto de procesamiento sin prisión preventiva, por no reunirse los requisitos del artículo 312, dejará o pondrá en libertad provisional al imputado y el juez podrá disponer que no se ausente de determinado lugar, que no concurra a determinado sitio o que se presente a determinada autoridad en las fechas periódicas que se le señalen. Si es aplicable al hecho alguna inhabilitación especial, podrá disponer también que se abstenga de esa actividad.

En los procesos por alguno de los delitos previstos en el libro segundo, títulos I, II, III, V, VI, y título V, capítulo I del Código Penal cometidos dentro de una grupo familiar conviviente, aunque estuviese constituido por uniones de hecho, y las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente que pueden repetirse, el juez podrá disponer como

medida cautelar la exclusión del hogar procesado. Si el procesado tuviere deberes de asistencia familiar y la exclusión hiciere peligrar la subsistencia de los alimentos, se dará intervención al asesor de menores para que promuevan las acciones que correspondan.

#### **4. PRISIÓN DOMICILIARA**

Art.314º.- El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio.

Art.315.- (Menores) Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica.

#### **MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES**

Dentro de las medidas cautelares de tipo patrimonial en CPP de Argentina encontramos, que incluso pueden sustituir la exención de prisión o excarcelación Art.320 CPP, ya que a criterio del Juez a una caución económica adecuada a la capacidad del Imputado, puede ser una medida para asegurar que este se someterá al proceso, si este no puede incluso con la caución impuesta puede solicitar fiadores solidarios Art. 322 Caución Personal.

También existe la caución juratoria, partiendo de la buena voluntad del imputado de someterse al proceso.

**Comentario:** La prisión preventiva al ser considerada en el Código Procesal Penal corresponderá, solo cuando el delito que se atribuyan al imputado tengan pena privativa de la libertad, que no autorice a aplicar la condena de ejecución condicional. Se trata de evitar, que sea aprobable el ingreso al establecimiento carcelario de quien esta destinado a salir de él a corto plazo, tampoco procede con respecto a los menores de dieciocho años.

Ha sido considerada la prisión preventiva una simple medida de seguridad con respecto a la persona del imputado y no un estado de juicio. Tanto es así que aun cuando no ha sido

dictada con respecto a un delito, si el procesado ha sido indagado por este y ha mediado acusación y defensa, el magistrado al sentenciar, debe pronunciarse sobre este hecho, bajo la pena de nulidad.

Asimismo, en el caso de Argentina y en nuestro país se guarda coincidencia, en el enfoque de aplicación de las medidas cautelares, que restringen la libertad y que se imponen en los procesos penales, cuyo carácter es eminentemente excepcional.

El sistema de alternativas a la prisión preventiva en materia aduanera, está siendo aplicado y funcionando en la República Argentina.

### **4.3. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN COSTA RICA**

El poder de IMPERIUM de un Estado queda de manifiesto en el CPP de Costa Rica, que en su Art. 139 (Poder coercitivo) “El tribunal y el Ministerio Público podrán requerir la intervención de la fuerza pública y disponer las medidas necesarias para el cumplimiento seguro y regular de los actos que ordenen en el ejercicio de sus funciones”. Asimismo, en el Art. 10 del CPP regula el carácter excepcional de la aplicación de las medidas cautelares y establece que estas deben de ser proporcionales a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

Esto es trascendental ya que establece el margen hacia el cual el juez debe de apegarse a la hora de aplicarlas, en cuanto a los plazos para evitar la arbitrariedad, mas grave aun cuando se refiere a las medidas de tipo cautelar que restringen la Libertad, al respecto el Art. 82 CPP establece dentro de los Derechos del Imputado “La policía judicial, el Ministerio Público y los jueces, según corresponda, harán saber al imputado, de manera inmediata y comprensible, que tiene los siguientes derechos... a) Conocer la causa o el motivo de su privación de libertad y el funcionario que la ordenó, exhibiéndole, según corresponda, la orden emitida en su contra”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> [http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/cr/sp\\_cri-int-text-cpp-html](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/cr/sp_cri-int-text-cpp-html)

## **MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES**

### **1. DETENCIÓN**

Art.237.- Detención

El Ministerio Público podrá ordenar que una persona sea detenida, cuando:

- a) Sea necesaria la presencia del imputado y existan indicios comprobados para sostener, razonablemente, que es autor de un delito o participe en él, y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar.
- b) En el primer momento de la investigación sea imposible individualizar a los imputados y a los testigos y deba procederse con urgencia para no perjudicar la investigación, a fin de evitar que los presentes se alejen del lugar, se comuniquen entre si y que se modifique el estado de las cosas y de los lugares.

### **2. PRISIÓN PREVENTIVA**

Artículo 238.- Aplicación de la prisión preventiva

La prisión preventiva sólo podrá ser acordada conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados.

La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso.

Artículo 239.- Procedencia de la prisión preventiva

El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

- a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él
- b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga);

obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.

c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.

## **MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES**

Estas se encuentran reguladas en el Art.224 CPP literal h, prestación de una caución adecuada, **“como medida cautelar sustitutiva de la detención provisional”**. Así mismo el Art. 250 CPP establece que la caución procede “Cuando corresponda, el tribunal fijará el importe y la clase de caución como medida cautelar, decidirá además, sobre la idoneidad del fiador, según libre apreciación de las circunstancias del caso”...los presupuestos a tomar en cuenta son “Para determinar la calidad y cantidad de la caución se tendrán en cuenta la naturaleza del delito, la condición económica, la personalidad y los antecedentes del imputado.

La caución real se constituirá con depósito de dinero, valores cotizables o con el otorgamiento de prendas o hipotecas, por la cantidad que el tribunal determine.

### **Medidas sustitutivas de la prisión preventiva**

Otra novedad la constituye la inclusión de otras medidas cautelares, estableciéndose una cláusula de subsidiariedad para aplicar éstas en lugar de la prisión. Así, el numeral 244 dispone que siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud de parte, deberá imponerle en su lugar, una o varias medidas alternativas, dentro de los cuales merecen mencionarse las siguientes: el arresto domiciliario; someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal; comparecer periódicamente al tribunal; impedimento de salida del país; prohibición de visitar determinados lugares; la prestación de una caución adecuada; suspensión del cargo si se trata de un delito funcional; y por último, y no menos importante, si se trata de agresiones a mujeres o niños o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle el abandono inmediato del domicilio —en este último caso no podrá ser menor a

un mes ni mayor de seis meses, y, a petición de parte, el tribunal fijará una pensión alimentaria provisional— (arts. 244 y siguientes CPP). Rige para todos los delitos la posibilidad de otorgar caución juratoria (arts. 246, 250 y 251 CPP).<sup>13</sup>

**Comentario:** La prisión preventiva, por afectar un importante bien jurídico del individuo – su libertad, necesariamente deber estar adecuadamente regulada y su afectación solo darse por excepción, cuando para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella. Al ser reconocida como excepción, constitucional y convencionalmente, señala la prisión preventiva deber ser sustituida por otras medidas cautelares menos gravosas para el imputado.

En este tercer caso de análisis de la legislación comparada, también se plantea la semejanza entre el sistema vigente en Costa Rica y el de Bolivia, por cuanto la privación de libertad como medida cautelar es excepcional y debe proceder únicamente en dicho caso, es decir, que la libertad es la regla y no puede ser objeto de restricciones, salvo en los casos estrictamente necesarios.

La legislación de Costa Rica contempla las medidas alternativas a la prisión preventiva o medidas sustitutivas a la prisión Preventiva, aplicables también en delitos aduaneros.

---

<sup>13</sup> HOUDE, V. Mario A., El Proceso Penal en Costa Rica



## **CAPITULO V**

### **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA**

#### **5.1. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL ANTIGUO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

El Decreto Ley No. 10426 que en el año 1973 implementó el Código de Procedimiento Penal, en su Art. 196 al 218, regulaba todo el trámite que debería efectuarse a efectos de la libertad provisional, es decir que existían 22 artículos que se encargaban de regular la libertad o la detención de aquellas personas que se encontraban sometidas a un proceso penal.

El trámite podía ser solicitado por cualquier persona que se encontraba con Auto Inicial de la Instrucción, ya sea que se encontrase detenida o en libertad independientemente; una vez presentado el memorial de solicitud de libertad provisional el juez disponía “vista fiscal”, cuyo trámite también demoraba y resultaba burocrático ya que debería notificarse a la otra parte a través del oficial de diligencias, funcionario que nunca actuaba de oficio, salvo que se trate de detenidos, una vez notificado recién se remitía todo el expediente a vista fiscal, en ésta situación podía no ser recibido el expediente por el fiscal cuando tenía mucho trabajo disponía que solo los días lunes recibe los expedientes de determinado juzgado; no olvidemos que los fiscales estaban asignados a dos o tres juzgados y tenían una carga de trabajo que no les permitía interiorizarse de los casos.

El fiscal a posteriori emitía su requerimiento, el cual era trasladado junto al expediente por su asistente previa verificación del libro de “vista fiscal”, en ésta instancia ingresaba al Despacho del Juez, quien disponía en “conocimiento de partes” el requerimiento fiscal, en el mejor de los casos los jueces, cuando consideraban la pertinencia de la solicitud dictaban un Auto de Concesión de Libertad Provisional y señalaban día y hora de audiencia para tratar la solicitud de libertad provisional; nótese que el requerimiento fiscal al ser simplemente una “opinión” del Ministerio Público, el juez nunca lo consideraba, sin

embargo traía un gran retardo de justicia por el trámite a efectuar. Se debe considerar nuevamente que la providencia del juez que señalaba día y hora de audiencia nuevamente tenía que ser notificada por el oficial de diligencias a las partes, sin cuyo requisito no podía efectuarse la audiencia por vicio de nulidad. A éste propósito también debemos considerar que pese a que la ley decía que la justicia es gratuita, sin embargo el oficial de diligencias no movía un dedo si no recibía dinero para notificar, alegaba que había que sacar fotocopias, que debería trasladarse en movilidad, etc. En suma, las partes litigantes estaban acostumbradas a pagar consuetudinariamente al oficial de diligencias cada vez que precisaban de una notificación, motivo por el cual un funcionario que tenía la obligación de notificar hacer la limpieza de los juzgados según reza la ley de Organización Judicial se convertía en un pequeño “rey” dentro los juzgados, sin cuya participación los expedientes podían quedar eternamente sin movimiento.

El día señalado para la audiencia necesariamente tenía que estar presente el imputado asistido de su abogado, caso contrario la audiencia se suspendía, en caso de realizarse la misma primero hablaba el abogado del imputado y pedía la fijación de una fianza que de lugar a la personal luego hacía uso de la palabra el abogado de la parte imputada que generalmente se oponía a su colega pidiendo la improcedencia de la libertad provisional o en su defecto se pedía montos astronómicos de imposible cumplimiento, finalmente el juez en la misma audiencia dictaba la correspondiente Resolución donde debería considerar las tres finalidades que tenía la fianza es decir al pago de la costas causadas al Estado, la indemnización de los daños, perjuicios y costas ocasionados al ofendido y al simplemente damnificado, al pago de las multas que se impusieron, según el Art. 209 de la mencionada ley.

Si estudiamos atentamente las tres finalidades que debería cumplir la fianza podremos entender que el sistema era netamente inquisitivo, ya que se presumía la culpabilidad y no la inocencia del imputado, puesto que al dictar el auto interlocutorio ya el juez debería presumir que debería pagar las costas del Estado sin tener una sentencia ejecutoriada, al considerar los daños, perjuicios y costas ocasionadas al ofendido el juez estaba pensado en la culpabilidad del imputado y se adelantaba al resarcimiento del daño civil que es una

etapa posterior a la sentencia ejecutoriada. También debemos considerar que los supuestos daños podían inflarse irregularmente con lo cual la persona podía quedar detenida indefinidamente. En otras palabras, el sistema inquisitivo hacía que una persona sometida a un sumario sin que exista Auto de Procesamiento, menos sentencia ejecutoriada debería pagar una fianza como si ya estuviese condenada violándose la Constitución Política del Estado, que presume la inocencia de las personas.

Esta Resolución de calificación de la fianza podía ser apelada ante la Corte Superior del Distrito, tratándose de delitos de acción pública y ante los jueces de partido cuando se trataba de delitos de acción privada, en dicha instancia dichos órganos jurisdiccionales podían aprobar el monto o modificarlo, éstas apelaciones al ser en el efecto devolutivo demoraban más el curso de la Instrucción, ya que se debería sacar testimonios de todas las partes pertinentes, el Actuario del Juzgado debería legalizar, etc.

Otro problema grave con el anterior Código de Procedimiento Penal, era la sustitución de la fianza por un inmueble, aspecto que se convertía en un drama, puesto que se debería señalar día y hora de audiencia para considerar ésta sustitución en caso de aceptación de la parte querellante, debería presentar al propietario del inmueble por sí o mediante apoderado para que de su consentimiento y presente los títulos de propiedad incluyendo certificado alodial de Derechos Reales y certificado de la Municipalidad con el avalúo catastral. El problema se presentaba cuando existían dudas de la existencia física del inmueble en cuyo caso se hacían audiencias de inspección ocular a fin de constatar dicho extremo.

En casos de que el imputado haya sorteado todos estos inconvenientes, el juez disponía que se fraccione la minuta hipotecaria, la misma que debería ser protocolizada ante Notaria de Fe Pública e inscrita en Derechos Reales, una vez presentado en el Juzgado el testimonio inscrito en Derechos Reales el Juez expedía el correspondiente mandamiento de libertad.

Como podemos observar éstos trámites eran los que más duraban en la etapa de la Instrucción incluso con un tiempo de seis meses ya que no se podía seguir el sumario, porque, por estar en trámite la libertad provisional, el juez no podía tomarle la indagatoria,

ya que al final de la misma, podía ordenar su detención preventiva en ésta actitud se dieron casos de Habeas Corpus cuando se pretendía tomar indagatoria o se detenía a los imputados estando en trámite su libertad provisional. También debemos considerar que el inicio del sumario previo Auto Inicial de la Instrucción es a continuación la Indagatoria, luego de lo cual se establece un término de 20 días para dictar el Auto Final de la Instrucción, sin embargo el tomar una indagatoria podía demorar meses, considérese también las cuestiones previas, revocatorias, etc. que presentaba el imputado y que eran de previo y especial pronunciamiento las mismas que no podían efectuarse con inmediatez dada la burocracia de los juzgados y la filosofía inquisitiva del viejo Código de Procedimiento Penal.

## **5.2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY N°1970**

El Nuevo Código de Procedimiento Penal con un sistema acusatorio cambia radicalmente el concepto de detención preventiva y su trámite, motivo por el cual solamente y en forma excepcional los jueces podrán detener a un imputado, en los demás casos la regla será siempre la libertad hasta que exista una sentencia con la calidad de cosa juzgada, el concepto de inocencia expresado en la Constitución Política del Estado se cumplirá en su integridad.<sup>14</sup>

Las medidas cautelares son instrumentos procesales que tienen la finalidad de garantizar la presencia del imputado en todo el proceso para evitar la obstaculización en la averiguación histórica del hecho.

El Código de Procedimiento Penal prevé dos clases de medidas cautelares: medidas cautelares de carácter personal que tienen por finalidad como se menciono anteriormente asegurar la presencia del encausado a todos los actos del juicio y medidas cautelares de carácter real el fin fundamental es garantizar la reparación del daño y el pago de costa y multas. Las primeras están previstas en el Art. 221 y siguientes y la segunda en el Art. 252.

---

<sup>14</sup> Fiscalía General de la Republica de Bolivia . Medidas Cautelares Personales. [En

línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)

La libertad personal de los Derechos, Garantías, Convenciones y Tratados que se le consideren a cada persona reconocidos por la Constitución Política del Estado establece el artículo 221.

La libertad es la regla y la detención es la excepción una de las características básicas relacionado con el antiguo código, donde ahora primero se investiga y luego se detiene artículo 222.

Los casos en que no procede la detención preventiva. 1) Si es delito penal es de carácter privado no procede la denuncia, 2) Nos remitimos al art, 26 del código penal (penas principales) 3) En delitos cometidos contra libertad sea inferior a 3 años artículo 232.

Las medidas cautelares de carácter personal no solo delimitan a la detención preventiva, hay otras medidas de carácter personal previstas en el Código de Procedimiento Penal, en ellas están el arresto, este se refiere a la privación de libertad de un ciudadano, de que puede ser ordenado por el fiscal o por la policía.

Procede el arresto cuando sea imposible individualizar al autor o a los autores y a los testigos del hecho y si hay posibilidad a los que están cerca del escenario del crimen, que podrán disponer su arresto. Y segundo cuando se deba proceder a la urgencia y celeridad necesaria a la investigación.

La aprehensión se refiere a la aplicación de corta duración de un ciudadano que es ordenado por el fiscal o la policía.

En el caso de la aprehensión su finalidad solamente es para conducir a la persona en presencia del juez de la causa.

Se puede utilizar esta medida, también para las cosas de flagrancia en el caso de que una persona haya sido aprehendida en el momento mismo de realizar un hecho delictivo o bien inmediatamente que se encuentre la persona huyendo del lugar.

La incomunicación otra medida cautelar de carácter personal puede ser dispuesta de manera solo excepcionalmente.

Para aplicar una de las medidas sustitutivas antes de demostrar la posibilidad de autoría primero tiene que estar en libertad. O se disponga que mantuvieran su libertad pero aplicando estas medidas sustitutivas para aplicar esta hay que demostrar que exista la posibilidad de fuga y obstaculización.

La detención domiciliaria, si el juez va a decidir o lo que el tribunal disponga si al momento de decidir la detención domiciliaria tendrá que determinar el lugar.

Obligación de presentarse periódicamente ante juez o tribunal, se puede sortear la modificación de la medida requerida.

Prohibición de salir del país, el juez va ordenar que se oficie al servicio de migración que se ordene el arraigo de una persona.

Prohibición de comunicarse con otras personas determinadas, sin que no afecte sus derechos sea con su abogado y familiares.

De fianza juratoria, el juez va a tomar el juramento de ley, pedirá la presencia de garantes, estas que demuestren trabajo fijo, domicilio actual. Esa presencia implica que sirva a comprometer a que el llamado sea convocado.

Fianza económica, puede determinar dinero la fianza tendría que cumplir el resarcimiento de danos y perjuicios y de las costas al Estado.

La finalidad de las medidas cautelares de carácter real es asegurar el resarcimiento del daño causado ocasionado con el ilícito penal. Siempre tiene que ser a petición de parte, esta medida cautelar real esta dispuesta por un juez entonces se hace determinar la hipoteca legal y el bien que esta siendo objeto a una medida cautelar real.

Una medida cautelar se puede presentar durante todo el proceso en la etapa preparatoria, en la intermedia en el proceso en si, hasta antes de la sentencia, las medidas y resoluciones sobre medidas cautelares de carácter personal son aplicables pero será sustanciada conforme al artículo 251.

Otro aspecto que debemos considerar es que la “detención preventiva” en los casos que proceda tiene como única finalidad la presencia del imputado durante la sustanciación del proceso, de igual manera cuando el juez dispone una medida cautelar sustitutiva a la detención preventiva la fianza económica o personal tiene como único objeto la presencia del imputado ante las autoridades pertinentes, desde éste punto de vista debemos considerar pues a las medidas sustitutivas a la detención preventiva como fianzas procedimentales, cuyo objeto será lograr la presencia del imputado ante la autoridades llamadas por ley.

Los derechos fundamentales de todas las personas con la vigencia plena del Nuevo Código de Procedimiento Penal se encuentran garantizados a través de la Carta Magna; en éste sentido podemos entender que dicha norma superior, considera en modo especial la parte procesal penal, en éste sentido podemos considerar a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad, a la libertad, al secreto de las comunicaciones, derecho a la libertad personal de locomoción, etc.

Sin embargo, el Estado puede intervenir en algunas oportunidades los derechos fundamentales de las personas las mismas tienen que efectuarse en forma legítima dentro de un debido proceso penal. En éste sentido cuando hablamos de medidas cautelares tenemos que considerar a la fuerza del Estado a efectos de intervenir en éste ámbito de los derechos fundamentales. Debemos considerar que las medidas cautelares no constituyen un

fin en sí mismo, mas bien son medios para lograr otros fines: los del debido proceso, desde éste punto de vista una simple citación, la conducción por la fuerza pública cuando no se cumple con la citación, la aprehensión, la detención, prisión preventiva, la incomunicación, allanamiento, la requisa, todas estas son medidas coercitivas que afectan a los derechos fundamentales.

Cuando hablamos de medidas cautelares de tipo personal éstas afectan directamente a la libertad personal, no cabe ninguna duda de que entre las medidas cautelares, la que tiene mayor relevancia es la detención preventiva, no sólo por la importancia que tiene el derecho fundamental que limita, es decir la libertad misma, sino por el tiempo de duración al cual puede ser sometida una persona imputada de un delito.

Por otra parte, corresponde mencionar que en materia tributaria aduanera, a falta de un procedimiento penal especial, se aplica el procedimiento penal ordinario –Código de Procedimiento Penal Ley N° 1970 de 21/03/1999 y sus modificaciones, por imperio del artículo 74, numeral 2., del Código Tributario Boliviano, aprobado por Ley N° 2492 de 03/08/2004.

### **5.3. NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN BOLIVIA**

La naturaleza y la finalidad de las medidas cautelares, como bien lo indica su nombre es cautelar, ya que no se pueden aislar una de la otra, tal como lo señala Asencio Mellado cuando dice que la detención provisional “se le atribuye naturaleza cautelar en función de las finalidades que cumple, que no son otras que las establecidas para este tipo de resoluciones consistentes, entre otras trabar determinados bienes y adoptar algunas situaciones frente a las personas que se les imputa un hecho delictivo, para hacer efectiva la realización ulterior de la sentencia”.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> ASECICIO, MELLADO José María, Derecho Procesal Penal



De lo cual se infiere que tanto la naturaleza y finalidad se complementan y dependen una de la otra, así la naturaleza subsiste a través de los fines y estos, de la naturaleza.

El efecto de las medidas cautelares tienen un doble objetivo, el conducir el proceso hasta llegar a la sentencia condenatoria dictada por autoridad judicial competente y la ejecución de la misma; así también la declaración de las responsabilidades civiles derivadas del delito.

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.

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

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 (Nuevo Código de Procedimiento Penal -NCP- Arts. 221, 225, 226, 227, 231, 233 inc.2, 240).

Las medidas cautelares de carácter real tienen como finalidad garantizar la reparación del daño y el pago de costas o multas. (Art. 252). 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).

## **5.4. CARACTERES GENERALES DE LA 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.

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

### **Excepcionalidad**

En vista del derecho a la libertad personal y al principio de presunción de inocencia, la regla sería la libertad y la excepción la aplicación de la medida cautelar, y ésta nunca procedería de manera generalizada.

El Código de Procedimiento Penal describe esta característica en el artículo 7 (Aplicación de medidas cautelares y restrictivas), y el artículo 233 (Requisitos para la detención preventiva).

“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.” (Alberto Bovino, Prisión Cautelar, El fallo Suárez Rosero, p. 671)<sup>16</sup>

### **Proporcionalidad**

Por este principio, sobre todo en la aplicación de una medida cautelar tiene que guardar relación con el hecho que se está juzgando.

Porque deben estar en adecuada relación con el hecho que se imputa y con lo que se busca garantizar.

Los artículos 221 (Finalidad y alcance) y 240 (Medidas sustitutivas a la detención preventiva) del Código de Procedimiento Penal, se tiene que tener en cuenta la diferencia

---

<sup>16</sup> Fiscalía General de la República de Bolivia . Medidas Cautelares Personales. [En

línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)

entre delitos de acción penal privada o delito acción penal pública, según el tipo penal vamos a aplicar pero nunca para todos por igual.

“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.” (A. Binder. Introducción al derecho procesal penal. Edit. Alfa Beta, Bs.As. 1993, p. 201).<sup>17</sup>

### **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,**

Esta característica nos indica que la medida cautelar en su finalidad solo se adopta el proceso y mediante resolución debidamente fundamentada esto implica que el juez que esta imponiendo la medida cautelar tendrá que fundamentar.

En los artículos 221 (Finalidad y alcance), y el artículo 221 (Carácter) prevé esta característica.

Ya que la medida cautelar no tiene una finalidad en sí misma.

“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.

---

<sup>17</sup> Fiscalía General de la Republica de Bolivia . Medidas Cautelares Personales. [En

línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)

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. 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).” (José I. Cafferata Nores. Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal. Edic. Depalma, Bs.As. 1992, p. 4)<sup>18</sup>

### **Temporalidad**

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

Así nos indica el artículo 239 (Cesación de la detención preventiva).

“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 paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.” (A. Binder. Introducción al derecho procesal penal. Edit. Alfa Beta, Bs.As. 1993, p. 201).<sup>19</sup>

### **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. Así nos

---

<sup>18</sup> Fiscalía General de la Republica de Bolivia . Medidas Cautelares Personales. [En

línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)

<sup>19</sup> IBIDEM

describe los artículos 250 (Carácter de las decisiones) y 251 (Apelación) del Código de Procedimiento Penal.

### **Jurisdiccionalidad**

Las medidas cautelares se caracterizan por su jurisdiccionalidad por que solo, el juez de la causa, es el que va a determinar aplicación de una medida cautelar.

Pues su aplicación y control se encuentran reservados exclusivamente a los jueces.

“ 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 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.” (A. Binder. Introducción al derecho procesal penal. Edit. Alfa Beta, Bs.As. 1993, p.197).<sup>20</sup>

## **5.5. LA MEDIDA CUATELAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL JUICIO PREVIO E 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.

“Las garantías constitucionales no se hicieron para ser estudiadas en los manuales; al contrario, deben formar parte de la conciencia cívica más elemental”. (A. Binder. Introducción al Derecho Procesal Penal. Edit. Alfa Beta, Bs.As. 1993, p. 118).<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Fiscalía General de la Republica de Bolivia . Medidas Cautelares Personales. [En

línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)

<sup>21</sup> IBIDEM

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.

### **5.5.1 JUICIO PREVIO**

“Art. 117, I.- 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 este precepto constitucional 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. 116. Esto permite afirmar que el estado normal -por así llamarlo- de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es el de libertad.” (José I. Cafferata Nores. Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal. Edic. Depalma, Bs.As. 1992, p. 8).<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Fiscalía General de la Republica de Bolivia . Medidas Cautelares Personales. [En

línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)

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.

Nuestra Constitución Política del Estado dice:

“Art. 23,III.- 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 éste emane de autoridad competente y que sea emitido por escrito.” (CPE, Art. 23-III)

Tal como el precepto constitucional del párrafo anterior lo manda, “sino en los casos y 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” (José I. Cafferata Nores. Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal. Edic. Depalma, Bs.As. 1992, p. 10).<sup>23</sup>

“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” (CPP, 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.

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 Código de Procedimiento Penal como en la Constitución Política del Estado.

“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.

---

<sup>23</sup> Fiscalía General de la República de Bolivia . Medidas Cautelares Personales. [En

línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)



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.” (José I. Cafferata Nores. Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal. Edic. Depalma, Bs.As. 1992, p. 8)<sup>24</sup>

Corroborando lo anterior, Clariá 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.” (Clariá Olmedo, Tratado de derecho procesal penal, t. V, p. 219)<sup>25</sup>

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, veda 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.” (José I. Cafferata Nores. Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal. Edic. Depalma, Bs.As. 1992, p. 12).<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Fiscalía General de la Republica de Bolivia . Medidas Cautelares Personales. [En línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)

<sup>25</sup> IBIDEM

<sup>26</sup> IBIDEM

## 5.5.2. EL PRINCIPIO DE INOCENCIA

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 sobretodo, la detención preventiva.

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 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” (Maier, Derecho Procesal Penal , t.I, pags. 490 y ss. Edit. Del Puerto, 1996).<sup>27</sup>

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 que nadie puede ser considerado culpable sino es en virtud a una sentencia, dictada en un juicio. (Binder, Alberto. Introducción al Derecho Penal, p. 196, Edit. Alfa Beta, Bs.As., abril 1993).<sup>28</sup>

“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

---

<sup>27</sup> Fiscalía General de la Republica de Bolivia . Medidas Cautelares Personales. [En

línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)

<sup>28</sup> IBIDEM

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.” (Maier, Derecho Procesal Penal , t.I, pags. 490 y ss. Edit. Del Puerto, 1996).<sup>29</sup>

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.

“La realidad nos muestra, por el contrario, que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables; que en muchas ocasiones por defectos del procedimiento, la sociedad “debe dejar salir”, a pesar que -ya- fueron -condenados- , en la denuncia o por los medios de comunicación.” (Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal, pág. 126)<sup>30</sup>

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

## **5.6. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL**

Cuando tratamos las medidas de carácter personal nos estamos refiriendo directamente a todas aquellas actuaciones efectuadas por autoridades que restringen sus derechos, principalmente relacionados con el derecho de locomoción, a éste propósito en forma general debemos analizar las siguientes:

---

<sup>29</sup> Fiscalía General de la Republica de Bolivia . Medidas Cautelares Personales. [En

línea]. Disponible en [www.enj.org](http://www.enj.org)

<sup>30</sup> IBIDEM

## **ARRESTO**

Esta medida puede ser aplicada ya sea por el fiscal o por la policía en casos en que se esté realizando una investigación con hechos ciertos y no pueda identificarse con precisión a los posibles autores, partícipes o testigos del hecho delictual, en éste sentido se puede también ordenar la privación de libertad en un recinto policial o ante la policía judicial por el término de ocho horas exclusivamente, luego de lo cual necesariamente el fiscal que tiene conocimiento del caso dentro las 24 horas hará conocer la situación de aquellas personas que se encuentren imputadas de un determinado delito a efectos de la aplicación de medidas cautelares. A contrario sensu las otras personas deberán quedar libres pasadas las ocho horas. Durante esta etapa la policía puede ordenar que no se modifique el estado de las cosas, las mismas que podrán servir a futuro como medios de prueba incluyendo el hecho de ordenar que tampoco se comuniquen las personas involucradas entre sí.

También se puede disponer que en primera instancia las personas no se alejen del lugar del hecho, todo con el único objeto de que se pueda iniciar una investigación, de otro lado se debe considerar que si una persona tiene que declarar, en la investigación de un delito tiene que estar acompañada de su abogado.

## **APREHENSIÓN POR LA FISCALIA**

La fiscalía puede expedir un mandamiento de aprehensión según se evidencia en los Arts. 225 y 226. En primer lugar si un fiscal emite una citación en contra de una persona en el término que se le fija y si el fiscal considera que es necesaria su presencia para la investigación que está efectuando puede expedir como consecuencia de ello un mandamiento de aprehensión.

De otro lado debemos considerar que el Art. 226 del mismo cuerpo de leyes establece los requisitos que debe cumplir un mandamiento de APREHENSIÓN emitido por un fiscal, en primer término se debe tratar de un delito de acción pública, que existan indicios de que sea autor de un determinado delito, que el delito esté sancionado con una pena privativa de libertad CUYO MÍNIMO LEGAL SEA IGUAL O SUPERIOR A LOS DOS AÑOS,

finalmente de que la persona puede fugarse, ocultarse u obstaculizar la averiguación de la verdad. En otras palabras, las facultades que tiene el fiscal para ordenar un mandamiento de aprehensión se encuentran totalmente restringidas ya que muchos de los delitos tipificados en el Código Penal tienen un mínimo de UN AÑO, es decir que en esos casos sería improcedente un mandamiento de aprehensión; de otro lado, para la fiscalía se le hace difícil establecer los casos en los cuales pueda fugarse u obstaculizar la causa una determinada persona.

Una vez efectuada la aprehensión el fiscal deberá poner en conocimiento del Juez de Instrucción en lo Penal al aprehendido a efectos de la aplicación de las correspondientes medidas cautelares, el término es de 24 horas. El legislador al haber establecido las 24 horas tuvo en consideración el Pacto de San José Art. 7 Inc. 5), a éste propósito debemos afirmar que ni la policía ni el Fiscal pueden ordenar la libertad de una persona que se encuentra aprehendida, en caso de que el Fiscal no haya solicitado la aplicación de una medida cautelar dentro las 24 horas, el juez de oficio o a solicitud de la parte afectada puede disponer su inmediata libertad por constituirse ya en una detención ilegal, según el Art. 303 del C.P.P.

## **IMPROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA**

El C.P.P. establece los casos en los cuales por ningún motivo se puede dictar una detención preventiva los mismos que se encuentran claramente regulados en el Art. 232 de la ley 1970, en primer lugar todos los delitos de acción privada como ser el giro de cheque en descubierto, delitos contra el honor, despojo, etc., nunca ameritan una detención preventiva, solamente se pueden dictar medidas sustitutivas a la detención preventiva en aplicación del Art. 240 de la norma citada, el problema estriba en lo siguiente ¿qué ocurre cuando un imputado no cumple con las medidas sustitutivas a la detención se puede aplicar el Art. 245?, la respuesta es categórica nunca puede merecer una detención preventiva una persona a la cual le sigue un proceso penal por un delito de acción privada.

Otra situación es aquella en la cual los delitos están tipificadas con una pena privativa de libertad cuyo máximo legal es INFERIOR A LOS TRES AÑOS, el problema que causó ésta disposición es que se interpretó a los delitos que tengan penas máximas de 3 años como el HURTO y no se consideró que la norma establecía menores a los tres años, sin embargo en la práctica forense y generación de jurisprudencia se llegó a consensos en sentido de que los delitos cuando tienen penas privativas de libertad de 3 años pueden ser beneficiados con la suspensión condicional de la pena, motivo por el cual no sería justo que se les aplique una medida cautelar de detención preventiva y en sentencia a través de la suspensión condicional de la pena quede en libertad, es decir no sería coherente dicha detención y directamente estaría en contra del principio de inocencia.

## **REQUISITOS PARA LA DETENCIÓN PREVENTIVA**

El problema de la detención preventiva es el más conflictivo que tenemos al presente ya que se hicieron diversas interpretaciones del Art. 233 del C.P.P. incluyendo a Vocales de los Tribunales Departamentales de Justicia, anteriormente denominados Cortes Superiores de Distrito, es muy delicado motivo por el cual se hace imprescindible contar con claridad en su análisis.

En primer lugar, se debe considerar que los elementos necesarios que debe observar un juez para dictar una medida de detención preventiva son los siguientes: delito de acción pública, tiene que existir previamente una IMPUTACIÓN FORMAL que es emitida por la fiscalía y la solicitud puede ser de la parte querellante o del fiscal, sin embargo deben concurrir los siguientes otros requisitos:

Elementos de convicción para sostener que el imputado es, con probabilidad autor o participe de un hecho punible y los elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad .

Todos estos requisitos se encuentran determinados en el Art. 233 del Código de Procedimiento Penal. En síntesis para que un juez proceda a la detención preventiva tiene que tener en cuenta lo siguiente 1) Que exista una imputación formal 2) que el fiscal

requiera por la detención o a contrario sensu lo haga el querellante, 3) Elementos de convicción de que el imputado es con probabilidad partícipe o autor del delito, 4) Elementos de convicción de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará el mismo. Cabe aclarar que es suficiente uno de ellos es decir la OBSTACULIZACIÓN O EL PELIGRO DE FUGA.

En consideración a todo lo expuesto llegamos a la conclusión que ya nunca más se procederá a la detención preventiva de OFICIO, el Juez nunca más podrá detener sin que exista solicitud. “expresa” al respecto del fiscal o la parte querellante.

### **CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA**

Los Autos Interlocutorios que disponen la detención preventiva no causan estado ni son definitivos, puesto que pueden ser revisados por las partes y también de oficio por el propio juez o tribunal que conozca la causa, de esta manera el Art. 239 del Código Adjetivo dispone las situaciones en las cuales puede cesar la detención preventiva, es decir: 1) 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 si los elementos que dieron lugar a la detención preventiva han desaparecido también debería desaparecer la detención preventiva, lo accesorio debe seguir a lo principal que es la libertad, si las causas por las cuales se dispuso una detención preventiva desaparecen también debe desaparecer la detención preventiva. Este caso se mantiene únicamente hasta que no exista una SENTENCIA (Sentencia Constitucional No. 848/2000).

La otra situación está relacionada con el MÍNIMO LEGAL de la pena, es decir cuando el término de detención preventiva supera al mínimo legal, el imputado debe ser puesto en libertad, también en este caso la Sentencia Constitucional No. 848/00, expresa en este sentido, es decir que no se haya dictado sentencia en primera instancia.

## **5.7. MEDIDAS CAUTELARES REALES**

En el Título III Capítulo II se encuentran previstas las MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER REAL, estas medidas no tienen que ver con la libertad de las personas y sirven para garantizar la reparación del daño y el pago de costas o multas, en este sentido se puede solicitar el embargo la fianza de los bienes del imputado. Sin embargo el trámite será el previsto por el Código de Procedimiento Civil en su Art. 156 y siguientes, pudiendo pedirse además las siguientes medidas: Fianza, anotación preventiva, hipoteca legal, secuestro, intervención.

Se debe tomar en cuenta que no obstante el Art. 252 del Código de Procedimiento Penal expresa que el Art. 90 del Código Penal permanece intangible, es decir que también la víctima podría hacer valer sus derechos aplicando dicha norma jurídica.

## **CAPITULO VI**

### **6.1. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL BOLIVIANO**

#### **EL ESTADO DE INOCENCIA A LA CARGA PROBATORIA**

Nuestra Constitución Política del Estado, junto al Nuevo Código de Procedimiento Penal, establecen claramente que todas las personas que habitan en nuestro territorio tienen una presunción de inocencia, es decir, que a los efectos de una denuncia penal y su posterior proceso penal se debe PRESUMIR SU INOCENCIA; la misma que pierde validez desde el momento que exista una sentencia con calidad de cosa juzgada.

Sobre el particular, nuestro Código de Procedimiento Penal, establece que la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, quien debería destruir el estado de inocencia, motivo por el cual la persona sindicada o acusada de un determinado delito no tiene que probar su inocencia ya que se encuentra garantizada en la Carta Magna, tampoco tiene la obligación de presentar pruebas de descargo, y esto se debe considerar desde el momento



de la detención en la audiencia de medidas cautelares, en el juicio, hasta la sentencia, reiteramos que la carga de la prueba es una obligación que tiene la parte acusadora.

Los Tratados Internacionales también mantienen ésta línea, al respecto citamos el Art. 9 de LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DEL LOS DERECHOS HUMANOS “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para la defensa” de otro lado el Pacto de San José de Costa Rica dice: ”Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad - Art. 8”.

Analizadas ambas normas internacionales rescatamos el principio de inocencia como un logro universal. Las garantías que se deben otorgar a un imputado, a efectos de su defensa, son de cumplimiento obligatorio bajo alternativa de que se declare la nulidad del proceso o se impugne el mismo al término.

## **IN DUBIO PRO REO**

La Constitución Política del Estado en su Art.116 “I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la mas favorable al imputado o procesado.”, este principio es la otra cara de la medalla “IN DUBIO PRO REO”. Siendo la presunción de inocencia un estado del que gozan todos los habitantes sometidos a las normas jurídicas de nuestro territorio, para destruir el mismo es necesario que mediante pruebas legales, se pruebe su culpabilidad a través de un debido proceso con sentencia ejecutoriada, por autoridad competente. Sin embargo, no toda prueba puede demostrar la participación en un hecho delictual del imputado, ya que las mismas pueden ser insuficientes o adquiridas en forma ilegal; es decir que la prueba debe ser plena de modo que pueda convencer al tribunal de justicia sin ningún tipo de duda; ante la existencia de “duda”, la prueba no es plena y se debe tomar en cuenta el principio de LA DUDA RAZONABLE, motivo por el cual el juzgador no puede condenar a ningún imputado.

A través de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, la defensa en su estrategia puede no presentar ninguna prueba, ya que la obligación de probar corresponde a la acusación y no a la defensa, sería contradictorio probar su inocencia que ya se encuentra inserta en la Carta Magna, en dicho mérito la defensa durante la sustanciación del juicio puede abocarse exclusivamente a crear la DUDA RAZONABLE, con lo cual puede lograr una sentencia absolutoria.

De lo expresado supra podemos afirmar que la duda amerita siempre una absolución ya que el objeto del Derecho es la PERSONA como fin en sí misma y nuestra sociedad, que pertenece a la cultura de occidente que tiene pilares fundamentales con el respeto de los derechos humanos, deberá considerar justa una absolución de un culpable a la CONDENA DE UN INOCENTE.

### **NON BIS IN IDEM**

Este principio no se encuentra expresamente regulado en la Constitución Política del Estado, sin embargo se debe considerar que en relación a las garantías, el Art. 13 párrafo II expresa claramente que Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

De otro lado debemos considerar que el C.P.P. establece claramente este principio en su Art. 4 que a la letra dice “NADIE SERÁ PROCESADO NI CONDENADO MAS DE UNA VEZ POR EL MISMO HECHO, AUNQUE SE MODIFIQUE SU CALIFICACIÓN O SE ALEGUEN NUEVAS CIRCUNSTANCIAS, es decir que una persona cuando fue sometida a un proceso con todas las garantías y como consecuencia existe una sentencia con calidad de COSA JUZGADA y nunca mas puede ser perseguida por el mismo hecho.

Este principio es importante ya que con el anterior Código que era inquisitivo, se daban situaciones en las cuales con facilidad cambiaban el tipo penal y nuevamente una persona que ya tenía una sentencia ejecutoriada se encontraba en la difícil coyuntura de afrontar nuevamente un proceso penal.

## **NEMO TENETUR**

En la Constitución Política del Estado se encuentra reflejado este principio en su Art. 121 “I. EN MATERIA PENAL, NINGUNA PERSONA PODRÁ SER OBLIGADA A DECLARAR CONTRA SI MISMA, (...)”. Es decir, que un imputado no puede auto incriminarse de la comisión de un delito, que se debe extender también a los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive, o afines hasta el segundo de acuerdo al cómputo civil.

De éste principio constitucional se extrae el derecho que tiene todo imputado de un delito de guardar silencio sin que éste hecho sea considerado en su contra. Alberto Binder en su obra Introducción al Derecho Procesal Penal expresa que la defensa material se materializa guardando silencio o a contrario sensu declarando, sin embargo si decide declarar las mismas deben considerarse como su legítimo derecho de defensa, en dicho sentido cuando un imputado se encuentra declarando en la etapa preparatoria podría también no decir su nombre, ya que tiene incluso el derecho de decir mentiras sin que las mismas puedan considerarse a contrario sensu en su contra. Este es el motivo por el cual las resoluciones judiciales no pueden tener asidero legal en las únicas declaraciones del inculpado.

## **LA DETENCIÓN PREVENTIVA**

El Código de Procedimiento Penal establece claramente que durante el procedimiento, el imputado deberá gozar de su derecho a la libertad, esta libertad la mantendrá hasta el momento que exista una sentencia condenatoria con la calidad de cosa juzgada, instancia en la cual deberá cumplir su condena. Es decir durante el proceso se debe presumir su inocencia y sólo podrá ser detenido en forma EXCEPCIONAL y en los casos que corresponda.

Al respecto, el Art. 233 del Código de Procedimiento Penal expresa claramente cuáles son los requisitos de la detención preventiva, es decir la imputación formal que debe efectuar el fiscal, la petición fundamentada de detención preventiva solicitada por la fiscalía o en su

defecto por el querellante, y los elementos de convicción de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.

Es decir, que excepcionalmente se podrá ordenar la detención preventiva siendo la regla la libertad de las personas que por un azar de la vida pueden encontrarse sometidas a un proceso penal.

También la doctrina considera que el principio de inocencia se encuentra ligado a la libertad de las personas, en esta postura no es factible una detención preventiva, la misma que puede convertirse en un anticipo de una condena, veamos el caso de una persona que es sometida a una detención preventiva y a posteriori es absuelta a través de una sentencia; el tiempo que se le privó de libertad, el estigma social que significa estar en una penitenciaria tanto desde el punto de vista social como familiar es un daño que nadie le puede pagar, convirtiéndose en una víctima de un sistema inquisitivo que, el Código de Procedimiento Penal quiere evitar.

## **DELITO IN FRAGANTI**

Cuando una persona sea encontrada in fraganti en la comisión de un hecho delictual podrá ser detenida por cualquier ciudadano, con el único objeto de ser puesto a disposición de la autoridad competente a efectos de que le tome su declaración, se debe entender que la única autoridad competente es el Juez de Instrucción en lo Penal quien le deberá tomar su declaración y disponer su situación procesal aplicando alguna medida cautelar si existen los requisitos o a contrario sensu disponiendo su inmediata libertad.

El mencionado artículo se encuentra en concordancia con el Art.227 del Código de Procedimiento Penal con el aditivo de que la policía deberá necesariamente poner a disposición del fiscal dentro las 8 horas siguientes, este término es el máximo ya que deberá ponerlo a disposición del fiscal a la brevedad posible que puede ser a la media hora.

.

## **CAPITULO VII**

### **MARCO LEGAL**

#### **7.1. ORDEN JURÍDICO INTERNO**

##### **7.1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO (LEY SUPREMA)**

En nuestro ordenamiento jurídico específicamente en los principios constitucionales se encuentran tipificado, lo referente a las Medidas Cautelares, lo cual son preceptos, que nos permiten coadyuvar a la seguridad jurídica, que todas las personas naturales o jurídicas tenemos derecho.

### **CAPITULO TERCERO (DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS)**

#### **SECCIÓN I (DERECHOS CIVILES)**

##### **Artículo 23**

III. 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 emane de autoridad competente y sea emitido por escrito.

#### **TITULO IV**

### **GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y ACCIONES DE DEFENSA**

#### **CAPITULO PRIMERO (GARANTÍAS JURISDICCIONALES)**

**Artículo 115.** I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

**Artículo 116.** 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.

II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.

**Artículo 117.** I. 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.

### **7.1.2. CÓDIGO PENAL – CÓDIGO TRIBUTARIO – LEY GENERAL DE ADUANAS - CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - LEY N°264 – LEY N°037 (LEY SECUNDARIA)**

En el ordenamiento jurídico, específicamente en el Código Procesal Penal, en el cual se desarrollan con amplitudes las Medidas Cautelares, sus principios, características y su aplicación.

#### **CÓDIGO PENAL N° 1768 DE 11/03/1997**

- Art. 26 Penas Principales

#### **CÓDIGO TRIBUTARIO N° 2492 DE 03/08/2004**

- Art. 181 Contrabando

#### **LEY GENERAL DE ADUANAS N° 1990 DE 28/07/1999**

- Art. 169 Contrabando

#### **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL N°1970 25/03/1999**

- Art. 221 (FINALIDAD Y ALCANCE)
- Art. 222 (CARÁCTER)
- Art. 223 (PRESENTACIÓN ESPONTANEA)
- Art. 224 (CITACIÓN)
- Art. 225 (ARRESTO)
- Art. 226 (APREHENSIÓN POR LA FISCALIA)
- Art. 227 (APREHENSIÓN POR LA POLICIA)

- Art. 228 (LIBERTAD)
- Art. 229 (APREHENSIÓN POR PARTICULARES)
- Art. 230 (FLAGRANCIA)
- Art. 231 (INCOMUNICACIÓN)
- Art. 232 (IMPROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA)
- Art. 233 (REQUISITOS PARA LA DETENCIÓN PREVENTIVA)
- Art. 234 (PELIGRO DE FUGA)
- Art. 235 (PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN)
- Art. 236 (COMPETENCIA, FORMA Y CONTENIDO DE LA DECISIÓN)
- Art. 237 (TRATAMIENTO)
- Art. 238 (CONTROL)
- Art. 239 (CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA)
- Art. 240 (MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA DETENCIÓN PREVENTIVA)
- Art. 241 (FINALIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA FIANZA)
- Art. 242 (FIANZA JURATORIA)
- Art. 243 (FIANZA PERSONAL)
- Art. 244 (FIANZA REAL)
- Art. 245 (EFECTIVIDAD DE LA LIBERTAD)
- Art. 246 (ACTA)
- Art. 248 (EJECUCIÓN DE LAS FIANZAS)
- Art. 249 (CANCELACIÓN)
- Art. 250 (CARÁCTER DE LAS DECISIONES)
- Art. 252 (MEDIDAS CAUTELARES REALES)

## **LEY DE SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD CIUDADANA N° 264 DE 31/07/2012**

### **DISPOSICIONES FINALES**

**SEGUNDA** Inclúyase en el Código de Procedimiento Penal Ley 1970, de 25 de marzo de 1999 los siguientes artículos:

- Art. 235 bis (PELIGRO DE REINCIDENCIA)
- Art. 247 (CAUSALES DE REVOCACIÓN)
- Art. 251 (APELACIÓN)

## **LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO TRIBUTARIO Y LEY GENERAL DE ADUANAS N°037 DE 10/08/2010**

- Art. 2

### **7.2. ORDEN JURÍDICO DE CARÁCTER INTERNACIONAL**

Las normas internacionales son todas aquellas disposiciones jurídicamente válidas, que emanan de las fuentes del derecho internacional de los Estados.

#### **7.2.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Fue aprobada y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 (III), del 10 de diciembre de 1948.

La declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual posee carácter vinculante en virtud del principio *ius cogens* o de obligatorio cumplimiento para los Estados parte de la ONU, lo que al inicio fue un conjunto de principios que los Estados iban a seguir como norma de conducta.

En nuestro orden jurídico los tratados internacionales están regulados en el Art. 13, párrafo IV. de la Constitución Política de Estado.

Y para el caso de este tratado las disposiciones, que tratan sobre la detención provisional son las siguientes:



Art. 2, Num. 1

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

Art.3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art.7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Art.8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Art.9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

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 le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.

Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la omisión del delito.

## **7.2.2. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; fue adoptado y abierto la firma, ratificación y adhesión por La Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución N° 2.200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966. Bolivia se adhiere mediante D.S. N° 18950 de 17 de mayo de 1982, elevado a rango de Ley N° 2119 promulgada el 11 de septiembre de 2000. Habiéndose efectuado el depósito del instrumento de ratificación el 12 de agosto de 1982.

### Art.9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

### Art.10

Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto a la dignidad inherente al ser humano.

### **7.2.3. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSE**

Fue aprobada el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigencia el 18 de junio de 1978, Bolivia se adhiere mediante D.S. N° 16575 el 13 de junio de 1979, elevado a rango de Ley N° 1430 promulgada el 11 de febrero de 1993, cuyo depósito del instrumento de adhesión se efectuó el 19 de julio de 1979.

Art.5 en sus numerales siguientes:

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Art. 7 Derecho a la libertad personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o

detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

#### 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.

### **7.2.4 OTROS ANTECEDENTES**

El Art. 9 de la Declaración Francesa de los derechos Humanos (1789), expresa lo siguiente: “DEBIENDO TODO HOMBRE PRESUMIRSE INOCENTE MIENTRAS NO SEA DECLARADO CULPABLE, SI SE JUZGA INDISPENSABLE ARRESTARLO TODO RIGOR INNECESARIO PARA APODERARSE DE SU PERSONA DEBE SER SEVERAMENTE REPRIMIDO POR LA LEY” éste principio se encuentra establecido por la doctrina de la ILUSTRACIÓN que al frente de Cessare Beccaria y otros humanizaron finalmente al derecho penal. En su libro Proceso Penal Comentado, Javier Llobet Rodríguez expresa que “la primera vez que la presunción de inocencia fue prevista en un texto constitucional de Inglaterra o los Estados Unidos de Norte América fue en la Constitución de Rhode Island de 1842 (Koster. Die Rechtsvermutung) Pág. 93.

En la época contemporánea el principio de inocencia está siendo tratado doctrinalmente en todo el mundo incluyendo países asiáticos, africanos, etc., dándole mayor precisión y mayor fortaleza en éste sentido, la doctrina alemana ejemplo considera el principio de inocencia no sólo en relación a medidas de detención preventiva sino en consideración a todo el abanico que sugiere la inocencia del inculpado en éste sentido en Alemania está dentro el principio de inocencia la necesidad y la exigencia de RESERVA, en relación a las declaraciones vertidas a la prensa por parte de un órgano perseguidor de los delitos.

En Latinoamérica también se estudió profundamente el principio de inocencia en toda sus aristas sobretodo en relación con la DETENCIÓN PREVENTIVA, habiéndose encontrado la relación con el IN DUBIO PRO REO, sin embargo queda claramente establecido que éste principio no se agota con la detención preventiva sino que debe estar vigente durante toda la tramitación del proceso hasta que exista una sentencia con la calidad de “cosa juzgada”. Un representante de ésta doctrina es Alfredo Vélez Mari Conde quien establece 3 elementos del principio de inocencia 1) En el campo legislativo que el imputado sea tratado como sujeto procesal y que las restricciones a su libertad sean posibles solo para la aplicación de la ley, 2) En el campo procesal requiere la aplicación RESTRICTIVA, de las normas que limitan la libertad personal del imputado: que la libertad solo puede ser restringida en la medida de la mas estricta necesidad; que el imputado no tenga que probar su inocencia, rigiendo al respecto el “in dubio pro reo”, Obra Derecho Procesal, Tomo II, pp. 40-49.

## **CAPITULO VIII**

### **ANÁLISIS JURÍDICO**

#### **8.1. EVALUACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA**

Sin lugar a dudas, el contrabando es un ilícito que desangra la economía nacional, cuyo efecto se refleja en la disminución de las recaudaciones, así como el perjuicio que genera a la industria nacional, que puede tener además aristas inclusive relativas a la seguridad nacional y el narcotráfico, entre otros, su adecuado control e interdicción son una obligación ineludible del Estado, en esa medida se han puesto en vigencia nuevas leyes, es el caso de la Ley N° 100 de 04/04/2011, que determina la participación de las Fuerzas Armadas en el control aduanero y la creación de un Consejo de Seguridad Fronteriza; empero, esta finalidad no debería ser fundamento para la restricción de otros derechos, como son la libertad y la presunción de inocencia.

El artículo 2 de la Ley N° 037 de 10/08/2010, modificatorio del artículo 148 del Código Tributario Boliviano, restringe en la práctica la posibilidad de la aplicación de medidas sustitutivas a la detención preventiva en el procesamiento del delito de contrabando, extremo que podría ser catalogado como la aplicación de una pena anticipada, pues más allá de que una persona sea con probabilidad autor de un presunto delito de contrabando o de si se hallen demostrados los riesgos procesales, es decir, la posibilidad de fuga o de obstaculización de la verdad histórica de los hechos, solamente por estar sindicado y posteriormente imputado como presunto autor de este ilícito, ya se aplica la detención preventiva, y lo que es peor, sin lugar a cesación o modificación alguna, ya sea a instancia de parte o de oficio por la autoridad jurisdiccional correspondiente.

En caso extremo, la detención preventiva podría ser levantada a la conclusión del juicio oral, público y contradictorio, sino a la conclusión de la etapa preparatoria o investigativa con la emisión de la Resolución de Sobreseimiento a cargo del Ministerio Público, situación que puede conllevar un gran perjuicio para la persona expuesta a este tipo de procesos, toda vez que se ha invertido la máxima de la detención como excepción en el

sistema acusatorio, volviendo al viejo sistema inquisitivo, ya que la detención retorna para convertirse nuevamente en regla.

Lo descrito se plasma inclusive en la posibilidad de generación de vulneraciones de carácter constitucional, ya que en este tipo de casos se aplica dicha medida restrictiva, como dijimos, como regla y ya no como una medida extraordinaria, excepcional o temporal, independientemente del nivel de participación de los involucrados en este tipo de ilícitos, es decir, que por mandato legal estos serán imputados y se solicitará su detención preventiva, sean los propietarios de la mercancía, los transportistas, estibadores o personas contratadas a dicho efecto.

La referida restricción pone en tela de juicio y cuestiona la vigencia de la institución de las medidas cautelares, ya que los imputados de la comisión del delito de contrabando, modernamente clasificado como delito contra la hacienda pública, no pueden acceder a los beneficios que otorga la aplicación de las medidas sustitutivas a la detención preventiva, cuyo uso se da en la práctica forense incluso en delitos más graves, como son los tipos penales contra la vida y la integridad corporal.

Por otra parte, en el presente trabajo de investigación se ha tenido acceso a la exposición de motivos de la Ley N° 037 de 10/08/2010, cuya fundamentación puede ser catalogada como excesivamente genérica, toda vez que en la temática que nos ocupa no se establecen claramente cuáles son los fundamentos de la incorporación de una medida restrictiva del derecho a la libertad y de la presunción de inocencia, limitándose únicamente a señalar: “Este instrumento normativo incorpora modificaciones en el ordenamiento jurídico aduanero y tributario, con relación al régimen de ilícitos y sus procedimientos, así como modificaciones a las sanciones por delitos aduaneros, convencidos que estos actos delincuenciales están generando grandes pérdidas a la economía del Estado y luto en las familias Bolivianas” y con la finalidad de introducir “mecanismos que revaloricen la credibilidad de la población en una justicia oportuna que garantice el bienestar social (Vivir bien)”.

Este extremo, pone en evidencia que en algunos casos no se efectúa una labor investigativa previa a la emisión de normativa a cargo de la Asamblea Legislativa Plurinacional, es decir, que con carácter previo debería efectuarse análisis sistemático detallado de la viabilidad de los proyectos de Ley, labor que esta delegada a los comités y comisiones de este primer órgano del Estado, efectuando de ésta manera, un verdadero relevamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial, además del análisis del componente y la problemática socio económica que rodea a determinada actividad, situación que genera falta de *sindéresis* en el tratamiento de temas extremadamente delicados en nuestro Estado.

De otra parte, debemos recordar que conforme al mandato legal del artículo 5 de la Ley N° 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional, se presume la constitucionalidad de la Ley hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva y declare su inconstitucionalidad, norma que también se encontraba plasmada en la anterior Ley del Tribunal Constitucional, N° 1836 de fecha 01/04/1998, lo que en otras palabras significa que la Ley N° 037 tiene vigencia y aplicación plena, entre tanto no se interponga la acción de inconstitucionalidad correspondiente, que active la vía de control de constitucionalidad, impugnación a través de la cual se puede invocar una presunta infracción directa a las normas de la Ley Fundamental del Estado, que como en el presente caso, desvirtúa el Estado de Derecho.



## **CAPITULO IX**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **CONCLUSIONES**

- El artículo 2 de la Ley N° 037 de 10/08/2010, modificatorio del artículo 148 del Código Tributario Boliviano, prohíbe la posibilidad de la aplicación de medidas sustitutivas a la detención preventiva en el procesamiento del delito de contrabando, generándose un efecto pernicioso, que se plasma en una posible vulneración a dos derechos fundamentales de una importancia extraordinaria: libertad y presunción de inocencia.
- La detención preventiva produce la privación del ejercicio de un derecho a un ciudadano cuya presunción de inocencia no ha sido destruida en la forma que tiene que serlo, circunstancia que no desaparece hasta que no se dicta sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento firmes.
- La detención preventiva, en cuanto medida restrictiva de libertad personal, está emparentada directamente con las penas privativas de libertad, en cuya contenido material coincide básicamente.
- Por el contrario, se diferencia de la pena, en la medida que el sujeto que la padece no ha sido declarado culpable mediante sentencia y no ha sido desechada, por tanto, su presunción de inocencia.
- La señalada situación, podría generar además pronunciamientos sobre la invocatoria de vulneraciones de carácter constitucional, independientemente a la presunción de constitucionalidad de la mentada Ley N° 037, que podría ser expulsada del ordenamiento jurídico nacional con la respectiva declaratoria de inconstitucionalidad, una vez activado el rol de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional Plurinacional, impugnación a través de la cual se puede demandar de presunta infracción directa a las normas de la Constitución Política del Estado.

## RECOMENDACIONES

- Bolivia al ser un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, con plena vigencia de los derechos y garantías constitucionales y en materia penal, corresponde que los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a través de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial, y comités correspondientes, desarrollen una actividad previa de evaluación e investigación de las normas que se proyectan en dicho ente deliberativo o que en su defecto, son propuestas por el Órgano Ejecutivo, esto con la finalidad de no desnaturalizar el régimen de los mencionados derechos y garantías constitucionales.
- No resulta aconsejable adoptado que ha sido el sistema acusatorio penal, generar inconsistencias en el mismo, que propiciarán el retorno al viejo y caduco sistema inquisitivo, vulnerando de esta manera normas de la Constitución Política del Estado y también normativa supranacional, ratificada por el Estado Plurinacional de Bolivia.
- Es imperativo preservar los derechos y garantías constitucionales de los procesados por el delito de contrabando, evitando restringirlos, como en el caso que nos ocupa, siendo que las medidas cautelares tiene como finalidad última, asegurar la presencia de los imputados en el desarrollo del proceso.

## **BIBLIOGRAFIA**

ASENCIO, MELLADO, José María

Derecho Procesal Penal – Quinta Edición – Editorial Tirant lo Blanch  
Valencia – España 2010

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, t.v. 16 ed.  
Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1991

CAJIAS K, Huascar; MIGUEL, Benjamin

Apuntes de Derecho Penal Boliviano – Segunda Edición Editorial Juventud,  
La Paz – Bolivia 1996.

FLORES MONCAYO, José

Derecho Procesal Penal – Editorial Gramma Impresión  
La Paz – Bolivia 1985.

GARCIA, VIZCAINO, Catalina, Derecho Tributario, pág.465

Derecho Tributario Tomo II – Segunda Edición - Editorial Depalma  
Buenos Aires – Argentina 2000.

MARTÍN DELGADO, José María

Derecho Financiero y Derechos Fundamentales. Editorial Servicio Público e Internacional  
Científico-Universidad de Málaga, Málaga – España 2009 - 2010.

MORALES VARGAS, Alberto J.

Guía de Actuaciones Para la Aplicación del Nuevo Código de Procedimiento Penal.  
1ª Edición GTZ Proyecto de Apoyo a la Reforma Procesal Penal, La Paz - Bolivia 2004.

PÉREZ ROYO, Fernando

Derecho Financiero y Tributario, Parte General. Editorial Arazandi S.A.-Civitas Thompson  
Reuters, Navarra-España 2009.

PÉREZ ROYO, Javier

Curso de Derecho Constitucional. Duodécima Edición. Editorial Jurídica y Social -  
Marcial Pons, Madrid-España 2010.

VILLAMOR LUCIA, Fernando

Derecho Penal Boliviano Editorial Popular, La Paz – Bolivia 2003.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY N° 037

Fiscalía General de la Republica de Bolivia Medidas Cautelares En El Proceso Penal. [En línea]. Disponible en [www.eng.org](http://www.eng.org)  
Fecha de consulta: 8 de agosto 2012.

LORENZO, Leticia; MAGNE, Juan José Lima, SORUCO MACLEAN, Enrique; y LIMA MAGNE, Iván. Manual de Litigación en Audiencias de Medidas cautelares Asociación Internacional de Juristas INTER IURIS en el marco del Programa de “Apoyo al Fortalecimiento Institucional del Sistema Penitenciario de la República de Bolivia” financiado por la Diputación de Huelva. (La Paz, Bolivia, 2008)

<http://www.monografias.com/trabajos16/derecho-romano-uno/>  
Fecha de consulta: 8 de agosto 2012

[http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/ar/CPPargentina\\_91pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/ar/CPPargentina_91pdf)  
Fecha de consulta: 9 de agosto 2012.

[http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/cri/sp\\_cri-int-text-cpp-html](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/cri/sp_cri-int-text-cpp-html)  
Fecha de consulta: 9 de agosto 2012.

<http://www.leyes.biz/Bolivia/derecho-penal/>  
Fecha de consulta: 9 de agosto 2012.

# **ANEXOS**

# G A C E T A O F I C I A L D E B O L I V I A

reembolsará, dentro los veinte (20) días siguientes al de su notificación, previa cuantificación del importe, el monto total pagado o el costo de la garantía aportada para suspender la ejecución de la deuda tributaria. Cuando la deuda tributaria sea declarada parcialmente improcedente, el reembolso alcanzará a la parte proporcional del pago realizado o del costo de la referida garantía.

Las cantidades reembolsadas serán actualizadas conforme al Artículo 47<sup>o</sup> de éste Código, aplicando la tasa de interés activa promedio para Unidades de Fomento de la Vivienda, desde la fecha en que se realizó el pago o se incurrió en el costo de la garantía, hasta la fecha en que se notificó a la Administración Tributaria con el fallo judicial firme. En caso de incumplirse el plazo para efectuar el reembolso, la tasa de interés se aplicará hasta el día en que efectivamente se realice el mismo.

## **TITULO IV ILICITOS TRIBUTARIOS CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES**

**ARTICULO 148° (Definición y Clasificación).** Constituyen ilícitos tributarios las acciones u omisiones que violen normas tributarias materiales o formales, tipificadas y sancionadas en el presente Código y demás disposiciones normativas tributarias.

Los ilícitos tributarios se clasifican en contravenciones y delitos.

### **ARTICULO 149° (Normativa Aplicable).**

- I. El procedimiento para establecer y sancionar las contravenciones tributarias se rige sólo por las normas del presente Código, disposiciones normativas tributarias y subsidiariamente por la Ley de Procedimientos Administrativos.
- II. La investigación y juzgamiento de los delitos tributarios se rigen por las normas de este Código, por otras leyes tributarias, por el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en su parte general con las particularidades establecidas en la presente norma.

**ARTICULO 150° (Retroactividad).** Las normas tributarias no tendrán carácter retroactivo, salvo aquellas que supriman ilícitos tributarios, establezcan sanciones más benignas o términos de prescripción más breves o de cualquier manera beneficien al sujeto pasivo o tercero responsable.

**G A C E T A O F I C I A L D E B O L I V Í A**

**D E C R E T A :**

**Artículo 1.** Declárase Patrimonio Cultural de la Nación, a la Obra Literaria de Octavio Campero Echazú.

**Artículo 2.** Se autoriza al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación, a gestionar recursos económicos para la recopilación, publicación y difusión de este patrimonio en las escuelas y colegios del territorio nacional.

Remítase al Órgano Ejecutivo, para fines constitucionales.

Es dada en la Sala de Sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a los cuatro días del mes de agosto del año dos mil diez.

Bolivia.

Palacio de Gobierno de La Paz, a los cuatro días del mes de agosto de mil diez

del año dos mil diez.

FDO. EVO

MORALE

Oselr Cota Ali ezana.:

Robert Iván Aguilar Gómez.

LEY N° 037

LEY N° 037  
O DE AGOSTO DE 2010

PRESIDENTE C

ONSTITU

EVO MORAL

ACIONAL DE BOLIVIA

Por cuanto, la Asamblea Legislativa Plurinacional, ha sancionado la siguiente Ley:

**LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL,**

Fdo. René O. Martínez Callahuanca, Héctor Enrique Arce Zaconeta, Andrés A. Villca

Da" Clementina Garnica Cruz, José Antonio Yucra Paredes, Angel David Cortés Villegas.

Por tanto, la promulgo para que tenga y cumpla como Ley del Estado Plurinacional de

**DECRETA:**

**LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO  
TRIBUTARIO Y LA LEY  
GENERAL DE ADUANAS**

**Artículo I.** La presente Ley, tiene por objeto modificar el Código Tributario y la Ley General de Aduanas, con relación al régimen de delitos y sus procedimientos, así como modificar la sanción en los delitos aduaneros.

**Artículo 2.** Se incorporan los Parágrafos 11 y III al Artículo 148°, del Código Tributario, quedando redactado de la siguiente forma:

**"Artículo 148°. (Definición y Clasificación).**

- I. Constituyen ilícitos tributarios las acciones u omisiones que violen normas tributarias materiales o formales, tipificadas y sancionadas en el presente Código y demás disposiciones normativas tributarias. Los ilícitos tributarios se clasifican en contravenciones y delitos.
- II. Los delitos tributario aduaneros son considerados como. delitos públicos colectivos de múltiples víctimas' y se considerará la pena principal más las agravantes como base de la sanción penal.
- III. En .materia de contrabando no se admiten las medidas sustitutivas a la detención preventiva".





# LEY DE 4 DE ABRIL DE 2011 Na. 10 0

EVO MORALES AYMA

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO  
PLURINACIONAL DE

BOLIVIA

Por cuanto, la Asamblea Legislativa Plurinacional, ha sancionado la siguiente Ley:

**LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL,**

**DECRETA:**

## **CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES**

**Artículo 1. (OBJETO).** La presente Ley tiene por objeto:

- a) Establecer mecanismos de articulación institucional para la ejecución de políticas de desarrollo integral y seguridad en fronteras.
- b) Fortalecer las capacidades institucionales destinadas a lograr un mejor dominio estatal del territorio de frontera, promover el control efectivo de actividades ilícitas y establecer mecanismos de prevención, control y lucha contra el contrabando e ilícitos en frontera.

**Artículo 2. (FINALIDAD).** La presente Ley tiene por finalidad proteger el territorio nacional en zonas de frontera, evitar el saqueo de los recursos naturales, promover el desarrollo de las actividades económicas lícitas e implementar medidas y acciones dirigidas a lograr la seguridad alimentaria y energética y de lucha contra el tráfico ilegal de mercancías en el Estado Plurinacional de Bolivia.

**Artículo 3. (PRINCIPIOS).** Los principios que sustentan la presente Ley son los siguientes:

- a) **SOBERANIA:** Por cuanto el Estado Plurinacional de Bolivia es un Estado soberano, ejerce su autoridad suprema en todo su territorio y de manera particular en las fronteras; siendo el desarrollo integral, seguridad, prevención y lucha contra el tráfico ilícito de sustancias y mercancías, una forma de sentar soberanía boliviana.
- b) **ACCESIBILIDAD:** Todas las bolivianas y los bolivianos, y en particular las naciones y pueblos indígena originario campesinos de las fronteras deben ser partícipes de los proyectos de desarrollo en el territorio al que pertenecen.
- c) **COMPLEMENTARIEDAD Y CORRESPONSABILIDAD:** El desarrollo integral de las regiones fronterizas, la defensa del Estado y la lucha contra el tráfico ilícito de sustancias, productos o mercancías, es tarea de las instituciones públicas del nivel central y de las entidades autónomas.

**Artículo 21. (INCLUSIONES AL CODIGO TRIBUTARIO).** I. Se incorpora como Artículo 181 nonies de la Ley N° 2492, de 2 de agosto de 2003, Código Tributario Boliviano, con el siguiente texto:

**"ARTÍCULO 181 nonies. (DELITO DE CONTRABANDO DE EXPORTACIÓN AGRAVADO).** Comete delito de contrabando de exportación agravado, el que sin portar la autorización de la instancia correspondiente, incurra en cualquiera de las siguientes conductas:

1. Extraiga desde territorio aduanero nacional o zonas francas, mercancías prohibidas o suspendidas de exportación, hidrocarburos y/o alimentos con subvención directa del Estado sujetas a protección específica.
2. Intente extraer mercancías prohibidas o suspendidas de exportación, e hidrocarburos y alimentos con subvención directa del Estado sujetas a protección específica, mediante actos idóneos o inequívocos desde territorio aduanero nacional o zonas francas, y no logre consumar el delito por causas ajenas a su voluntad.
3. Almacene mercancías prohibidas o suspendidas de exportación, hidrocarburos y/o alimentos con subvención directa del Estado sujetas a protección específica, sin cumplir los requisitos legales dentro un espacio de cincuenta (50) kilómetros desde la frontera.
4. Transporte mercancías prohibidas o suspendidas de exportación, hidrocarburos y/o alimentos con subvención directa del Estado sujetas a protección específica, sin cumplir los requisitos legales dentro un espacio de cincuenta (50) kilómetros desde la frontera.

Este delito será sancionado con privación de libertad de ocho (8) a doce (12) años y el decomiso de las mercancías y la confiscación de los instrumentos del delito."

II. Se modifica el monto de los numerales 1, III y IV del Artículo 181 de la Ley N° 2492, de 2 de agosto de 2003, Código Tributario Boliviano, modificado por el Artículo 56 del Presupuesto General de la Nación - PGN, gestión 2009 de UFV's 200.000.- (DOSCIENTOS MIL 00/100 UNIDADES DE FOMENTO A LA VIVIENDA) a 50.000.- (CINCUENTA MIL 00/100 UNIDADES DE FOMENTO A LA VIVIENDA).



## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Es importante señalar que la función del Estado en cuanto a la economía, se traduce en la consolidación de una economía plural, que reconoce, respeta y protege la iniciativa privada y adicionalmente promueve la organización económica comunitaria.

El párrafo 1 del artículo 306 de la Constitución Política del Estado, determina que el modelo económico boliviano es plural y esta orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos. Asimismo el Estado tiene como máximo valor al ser humano y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo.

En ese marco y siendo de competencia privativa del nivel central del Estado el Régimen Aduanero y competencia exclusiva del nivel central del Estado la Política Fiscal, según determinan los numerales **4** del párrafo **I** del artículo 298 y numeral 23 del párrafo II del Art. 298 de la Constitución política del Estado, se ha proyectado un instrumento legal que permita hacer ajustes a ambos regímenes.



PDESIOENCIA 111.1 íS1A110 PIUDIUncIDHAL DE  
BOLIVIA

Ante la crisis por la que atraviesa el sistema de justicia penal, cuyos aspectos más críticos son la retardación de justicia, la carencia de mecanismos que resguarden a la sociedad y la ineficiencia del Estado para la persecución de la delincuencia organizada, la corrupción y delitos graves, el Gobierno ha proyectado e impulsado la promulgación de la Ley 004, de 31 de marzo de 2010, Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas y la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, Modificaciones al Sistema Normativo Penal, en la búsqueda de una sociedad mas justa e igualitaria, sancionando delitos no contemplados en nuestro ordenamiento jurídico penal y estableciendo modificaciones y nuevos procedimientos al sistema normativo penal.



P D E S I O E N C I A 1 1 1 . 1 í S 1 A 1 1 0 P I U D I U n c I D H A L D E  
B O L I V I A

Esta lucha ineludible de erradicar la retardación de justicia, la igualdad de todas las bolivianas y bolivianos y combatir la delincuencia organizada, corrupción y delitos graves para nuestra sociedad, requiere de más instrumentos legales que fortalezcan una Bolivia digna.

Este instrumento normativo incorpora modificaciones en el ordenamiento jurídico aduanero y tributario, con relación al régimen de ilícitos y sus procedimientos, así como modificaciones a las sanciones por delitos aduaneros, convencidos que estos actos delincuenciales están generando grandes pérdidas a la economía del Estado y luto en las familias bolivianas.

El proyecto de ley se inspira fundamentalmente en los valores constitucionales de unidad, igualdad, dignidad, solidaridad, respeto, transparencia, y es un instrumento que busca fortalecer una nueva corriente de aplicación de justicia para el "Vivir Bien".

En esta perspectiva y en coincidencia con las reformas introducidas al sistema penal, se busca introducir en la reforma de ilícitos, procedimientos y sanciones aduaneras y tributarias, mecanismos que revaloricen la credibilidad de la población en una justicia oportuna que garantice el bienestar social.

