

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS**  
**FACULTAD DE DERECHO CIENCIAS POLÍTICAS**  
**UNIDAD POSTGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



***ESPECIALIDAD EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL***

***T E S I S***

***“PROPUESTA DE LEY QUE ESTABLEZCA LA RESPONSABILIDAD DE  
LOS JUECES Y FISCALES POR DETENCIÓN PREVENTIVA ARBITRARIA  
E INJUSTA EN EL ORDENAMIENTO PENAL BOLIVIANO”***

**Abg. Nataly Emma Vargas Vargas**

**LA PAZ – BOLIVIA  
2021**

	ÍNDICE	
INTRODUCCIÓN.....		1
<b>CAPÍTULO I</b>		
<b>ASPECTOS GENERALES</b>		
1.2. PROBLEMATIZACIÓN.....		5
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....		5
1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN .....		6
1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....		7
1.5.1. TEMÁTICA .....		7
1.5.2. ESPACIAL .....		7
1.5.3. TEMPORAL .....		8
1.6. OBJETIVOS .....		8
1.6.1. OBJETIVO GENERAL .....		8
1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....		8
1.7. HIPÓTESIS .....		9
1.8. VARIABLES .....		9
1.8.1. VARIABLE INDEPENDIENTE .....		9
1.8.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....		9
1.9. DISEÑO METODOLÓGICO.....		9
1.9.1. MÉTODOS.....		9
a) DEDUCTIVO .....		9
b) MÉTODO ANALÍTICO.....		10

1.9.2. TÉCNICAS.....	10
----------------------	----

## CAPÍTULO II

### FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

2.2. MARCO HISTÓRICO.....	11
2.2.1. HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES EN LA ANTIGÜEDAD.....	12
2.2.2. ANTECEDENTES DE LA INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES.....	13
2.3. MARCO TEÓRICO.....	16
2.3.1. DETENCIÓN PREVENTIVA.....	16
2.3.2. CONSECUENCIAS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.....	16
2.3.2.1. CONSECUENCIAS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA INJUSTA DESPUÉS DEL SOBRESEIMIENTO.....	17
2.3.2.1.1. DAÑO MATERIAL O PATRIMONIAL.....	17
a) DAÑO EMERGENTE.....	18
b) LUCRO CESANTE.....	18
2.3.2.1.2. DAÑO MORAL O EXTRA PATRIMONIAL.....	18
2.3.2.1.3. DAÑO PSICOLÓGICO.....	19
2.3.2.1.4. DAÑO SOCIAL.....	19
2.3.2.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO Y LOS PARTICULARES POR LA DETENCIÓN PREVENTIVA.....	20
2.3.2.2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO.....	20
2.3.2.2.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PARTICULARES.....	21
2.3.2.3. EL VACÍO LEGAL RESPECTO AL DERECHO A INDEMNIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL POR DETENCIÓN	

## **PREVENTIVA INJUSTA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

22

<b>2.3.2.3.1. VACÍO LEGAL EN CASO DE SOBRESEIMIENTO.....</b>	<b>22</b>
<b>2.3.2.3.2. VACÍO LEGAL EN CASO DE ABSOLUCIÓN.....</b>	<b>23</b>
<b>2.3.2.3.3. PROCEDENCIA SÓLO EN CASO DE REVISIÓN DE SENTENCIA.....</b>	<b>24</b>
<b>2.3.3. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN LA LOJ PARA JUECES Y JUEZAS.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3.3.1. CLASES DE FALTAS DISCIPLINARIAS.....</b>	<b>27</b>
<b>2.3.3.2. FALTAS LEVES.....</b>	<b>28</b>
<b>2.3.3.3. FALTAS GRAVES.....</b>	<b>30</b>
<b>2.3.4. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN LA LEY DEL ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA FISCALES.....</b>	<b>36</b>
<b>2.3.4.1. LAS SANCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PUBLICO.....</b>	<b>36</b>
<b>2.3.4.2. FALTAS LEVES.....</b>	<b>37</b>
<b>2.3.4.3. FALTAS GRAVES.....</b>	<b>38</b>
<b>2.3.4.4. FALTAS MUY GRAVES.....</b>	<b>40</b>
<b>2.3.5. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES.....</b>	<b>42</b>
<b>2.3.5.1. LOS PRINCIPIOS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES.....</b>	<b>42</b>
<b>2.3.5.2. LOS DEBERES DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES.....</b>	<b>43</b>
<b>2.3.5.3. EL SENTIDO DE LOS DEBERES DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES.....</b>	<b>44</b>
<b>2.3.6. LA IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES.....</b>	<b>45</b>

2.3.6.1.	DIFERENCIA DEL DEBER DE INDEPENDENCIA Y DEL DEBER DE IMPARCIALIDAD .....	45
2.3.6.2.	EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD, LA ABSTENCIÓN Y LA RECUSACIÓN .....	46
2.3.6.3.	DEBER DE IMPARCIALIDAD, DECISIONES, MOTIVOS Y CRÍTICAS.....	48
2.3.7.	IMPARCIALIDAD Y APLICACIÓN DE LA LEY .....	49
2.3.8.	EL FORMALISMO LEGALISTA .....	50
2.3.9.	EL POSITIVISMO NORMATIVISTA .....	51
2.4.	MARCO CONCEPTUAL.....	52
2.4.1.	RESPONSABILIDAD .....	52
2.4.2.	RESPONSABILIDAD POR LA FUNCIÓN PÚBLICA .....	53
2.4.3.	RESPONSABILIDAD PENAL.....	53
2.4.4.	DELITO .....	53
2.4.5.	RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	53
2.4.6.	FALTA DISCIPLINARIA .....	54
2.4.7.	DETENCIÓN PREVENTIVA .....	54
2.4.8.	INJUSTO .....	55
2.4.9.	ARBITRARIO .....	55
2.4.10.	DISCRECIONAL .....	56
2.5.	MARCO JURÍDICO.....	56
2.5.1.	PRINCIPALES DOCUMENTOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR EL ESTADO BOLIVIANO.....	57
2.5.1.1.	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....	58

2.5.1.2. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. ....	60
2.5.2. LEGISLACIÓN NACIONAL RELACIONADA CON LA DETENCIÓN PREVENTIVA. ....	61
2.5.2.1. NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. ....	61
2.5.2.2. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO	65
2.5.2.3. LEY DEL ÓRGANO JUDICIAL LEY N° 025 .....	66
2.5.2.4. LEY DEL MINISTERIO PUBLICO LEY N° 260.....	66
2.5.2.5. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.....	67
2.5.2.6. CÓDIGO CIVIL.....	68
2.5.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL .....	69
2.5.3.1. APLICACIÓN Y FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.....	70
2.5.3.2. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.....	72
2.5.3.3. PELIGRO DE FUGA Y OBSTACULIZACIÓN. ....	73
2.5.3.4. TRATAMIENTO DE LOS DETENIDOS PREVENTIVAMENTE.	78
2.6. ANÁLISIS CRITERIO JURÍDICO, OBLIGACIÓN DE ARGUMENTACIÓN Y LA DECISIÓN DE UNA PRIVACIÓN INDEBIDA DE LIBERTAD QUE PUEDA CONFIGURAR UN TIPO PENAL DOLOSO ....	79
2.6.1. OBLIGACIÓN DE ARGUMENTAR Y MOTIVAR .....	79
2.6.2. DECISIÓN DE UNA PRIVACIÓN INDEBIDA DE LIBERTAD QUE PUEDA CONFIGURAR UN TIPO PENAL DOLOSO.....	83
2.7. VACÍO LEGAL EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO .....	85

<b>2.8. JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.....</b>	<b>86</b>
---	-----------

### **CAPÍTULO III**

#### **PROPUESTA**

<b>3.1. MOTIVOS DE LA PROPUESTA DE LEY .....</b>	<b>101</b>
<b>3.1.1. INEXISTENCIA DE NORMA PENAL, NI DISCIPLINARIA. ....</b>	<b>101</b>
<b>3.1.2. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA PARA JUECES Y FISCALES.....</b>	<b>101</b>
<b>3.2. DEFICIENCIA DE LA REPARACIÓN DE DAÑO CIVIL EN LOS TRIBUNALES PENALES BOLIVIANOS. ....</b>	<b>109</b>
<b>3.3. PROYECTO DE LEY .....</b>	<b>110</b>

### **CAPÍTULO IV**

#### **CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES**

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>117</b>
<b>RECOMENDACIÓN .....</b>	<b>121</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>122</b>

## INTRODUCCIÓN

En la presente tesis se ha podido demostrar con la investigación que la normativa actual carece de una ley penal específica que responsabilice a jueces y fiscales por la detención preventiva injusta y arbitraria, violando los derechos y garantías de personas inocentes y daños irreparables a una persona que luego es liberada o liberada después de mucho tiempo, existe la preocupación de llevar a cabo esta investigación, cuyo objetivo principal es demostrar la necesidad urgente de crear una ley que penalice a jueces y fiscales por sus medidas de detención preventivas arbitrarias e injustas.

En Bolivia, la detención preventiva ha sido utilizada por las autoridades a su propia discreción para desarrollar procedimientos penales en estricto cumplimiento de los derechos humanos y con una característica clave de respeto por el principio de inocencia “jueces y fiscales”.

Para el uso de medidas cautelares que restrinjan la libertad de una o más personas, aspectos que van más allá de los requisitos especificados en el art. 233 del CPP, por un lado, el estado asume la calidad del garante si se adopta una medida restrictiva de libertad, lo que significa que durante la duración de la medida cautelar, el ejercicio de otros derechos fundamentales, principalmente derechos, está garantizado para el acusado a la vida, extremidades y ser tratados como personas inocentes en todo momento, con una distinción entre los presos condenados.

Se detallan los factores que motivan el abuso de la detención preventiva como medida de precaución para un mayor uso en Bolivia, pero abordaremos brevemente las principales deficiencias del sistema de justicia penal en nuestro país.

# CAPÍTULO I

## ASPECTOS GENERALES

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema mayor de la justicia boliviana, **es que cuanto un Juez o un Fiscal emite una resolución de detención preventiva injusta o arbitraria disponiendo o solicitando respectivamente, no cuenta con responsabilidad penal específica, ni responsabilidad disciplinaria, la detención preventiva por parte de los Jueces y Fiscales viene siendo utilizada de manera discrecional**, autoridades llamadas a desarrollar un proceso penal en estricta observancia de los derechos humanos y con una característica principal, el respeto al principio de inocencia.

Sin considerar que el uso discrecional de la detención preventiva de parte de los Jueces del país vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos y pone en riesgo a la sociedad, ya que pese a que existen criterios para aplicarla, de forma excepcional, las autoridades jurisdiccionales la utilizan de manera “arbitraria” por la facultades que se les concedió en las modificaciones a las garantías de las medidas cautelares, que hacen que ahora, en la práctica, la carga de la prueba deba ser demostrada por el acusado y no por la fiscalía, y constituya una prisión anticipada.

En la detención preventiva la situación de un imputado se agrava drásticamente cuando es derivado a la cárcel porque debe afrontar y someterse a las condiciones infrahumanas de los recintos penitenciarios.

Los Jueces y Fiscales acumularon mucho poder con las leyes modificatorias a las medidas cautelares que surgieron del Legislativo, entidad que reacciona “sin razonar con prudencia” cuando ocurren hechos violentos, y otorga mayores atribuciones a Jueces y Fiscales sin un debido control.

“A veces los jueces dan libertad a gente que está muy comprometida con delitos o a veces dan detención preventiva a gente que no ha cometido ninguna falta, entonces hay un manejo muy discrecional de la medida cautelar y eso afecta a un Estado democrático de derecho y va más a un estado totalitario”, no existiendo responsabilidad penal de los jueces ni fiscales por dicho actuar.

En ese sentido indicó que cualquier ciudadano o su familia que pueda resultar implicada en un tema de justicia, **“corre el riesgo de ser víctima del actuar discrecional de los Jueces y Fiscales y ser enviados a la cárcel con detención preventiva como actualmente ocurre”**.

Cada actor dentro del proceso penal se ve identificado claramente con sus responsabilidades, especialmente si se tratan de actores institucionales como el Ministerio Público y el Juez de Garantías, sin embargo, aquello que debiera tener un procedimiento eficiente en el momento que se disponga una detención preventiva tropieza con los problemas que devienen de un sistema penal deficiente.

Como en Bolivia la mayoría de los Jueces y Fiscales actúan en consorcio y sin imparcialidad, toda vez que todos son amigos, el ciudadano está totalmente desprotegido. Si el sindicado no tiene recursos suficientes como para poder “convencer” a los operadores de justicia, simplemente estará a expensas de lo que decida ese grupo de autoridades que actúan con mala fe, que cuentan con la idea de meter a todos presos.

Eso es lo que ha sucedido en el caso del médico Jhiery Fernández y la triste muerte del bebé Alexander. Como ya se sabe, el señor Fiscal General del

Estado, Ramiro Guerrero, dijo en el audio filtrado en los medios se empeñó en la idea de que tenía que *“haber un culpable”*<sup>1</sup>.

Se tiene, como dispone la Constitución Política del Estado, los Fiscales acusan y los Jueces deben defender los derechos y garantías de los acusados. Si no hay pruebas suficientes, deberían dejar libres a los sospechosos: si las hay, tendrían que asegurarse que el sindicado tenga derecho a un juicio justo y que pueda, además, defenderse en libertad.

Otro problema en el sistema procesal penal respecto a los operadores de justicia en este caso los Jueces y Fiscales es que se ha podido evidenciar la insuficiencia del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal (Ley 1970), ya que dicho precepto sólo establece la procedencia de la indemnización cuando el condenado ha sido absuelto en revisión de sentencia, y no así cuando el imputado ha sido privado de libertad y luego sobreseído.

Este vacío jurídico, está provocando que se vulneren derechos y garantías de personas inocentes, me refiero concretamente a los casos donde el imputado es privado de libertad y luego sobreseído en base a que el hecho no existió, que no constituye delito o que el imputado no participó en él. Entre los principales derechos y garantías constitucionales vulnerados están: la dignidad, la libertad personal, el principio de inocencia, el principio de igualdad y el debido proceso.

Asimismo, está permitiendo que las víctimas de estos hechos no reciban ninguna indemnización por los daños y perjuicios causados, ni de parte del Estado, ni mucho menos del denunciante o querellante que actuó con malicia o temeridad y Juez incompetente. De ahí que surge la necesidad de proponer una Ley que responsabilice penalmente a Jueces y Fiscales respecto a sus

---

<sup>1</sup>Periódico Digital el DEBER:<https://www.eldeber.com.bo/opinion/Los-jueces-y-fiscales-creen-que-estan-en-la-Edad-Media-20180923-9034.html>

acciones de mala fe y que también establezca de manera específica la indemnización al imputado por causa de la detención preventiva.

## **1.2. PROBLEMATIZACIÓN**

En la actualidad hay inexistencia de una norma específica que tipifique el accionar de mala fe de los funcionarios judiciales (Jueces y Fiscales) que dispongan detención preventiva sin una valoración objetiva de los elementos de convicción, si bien la Ley N° 1173 en su Art 11 menciona su modificación a los Arts. 232 (Improcedencia de la detención preventiva) y 233 (Requisitos para la detención preventiva) del Código de Procedimiento Penal, hacen referencia en primera instancia a la improcedencia y posterior a los requisitos que debe cumplir el sindicado que esta puesto a disposición del Juez, en ese entendido y en un supuesto que el Fiscal solicite la detención preventiva sin cumplir el sindicado los requisitos descritos en la norma, y asimismo si el Juez determinare la detención preventiva del sindicado sin cumplir este con los requisitos previstos en la norma, existiría evidentemente la inobservancia de la Ley por parte del ente regulador aplicándose erróneamente la misma, en este supuesto no existe una tipificación por esta transgresión a la norma como al derecho a la presunción de inocencia, originando un vacío legal de una sanción penal.

En el entendido del derecho objetivo si se transgrede un derecho constitucional como ser el derecho a la libertad el ente que transgredió dicho derecho debe asumir responsabilidad penal porque téngase por entendido que la privación de libertad no se puede resarcir.

## **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Será que la creación de una Ley que establezca la responsabilidad de los Jueces y Fiscales por una detención preventiva arbitraria e injusta en

concordancia con el ordenamiento penal boliviano resolverá injusticias actuales?

#### **1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN**

La libertad es uno de los bienes más preciados del ser humano, razón por la cual nuestra Constitución Política del Estado ha establecido que éste derecho sólo puede ser restringido en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos.

Asimismo, el Código de Procedimiento Penal (Ley 1970) establece claramente que durante el procedimiento, el imputado deberá gozar de su derecho a la libertad, que se 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.

Sin embargo, se ha podido advertir que existen casos en los cuales el imputado ha sido privado de libertad y luego sobreseído porque el hecho no existió, no constituye delito o que éste no participó en él, vale decir que han sido sobreseídos por su inocencia. Además, se ha evidenciado que las víctimas de estos hechos después de haber sufrido la vulneración del derecho a la libertad y su dignidad, no reciben ninguna indemnización por los daños y perjuicios causados, debido a que el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal (Ley 1970) establece la indemnización sólo cuando el condenado es absuelto en revisión de sentencia, **y no así cuando el imputado ha sido privado de libertad y luego sobreseído, siendo que en ambos casos los daños son los mismos.**

Tampoco existe una ley específica que sancione ya sea disciplinaria, civil o penal a Jueces y Fiscales porque la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz no es suficiente, como no existe dicha norma específica los Jueces y Fiscales se creen intocables por la Ley.

**Por lo tanto, la propuesta de Ley esta direccionada específicamente a Jueces y Fiscales para que se establezca responsabilidad sobre fallos o resoluciones que no cuenten con suficiente fundamentación para dictar la detención preventiva de una persona, bajo el principio de imparcialidad.**

Considerando, que el Juez y el Fiscal están obligados a ponderar y motivar debidamente sus pretensiones y resoluciones respectivamente, bajo responsabilidad penal, civil y disciplinaria, por lo que finalizando el proceso penal, si el imputado es sobreseído o declaro inocente habiéndole aplicado una detención preventiva injusta y arbitraria, la responsabilidad deberá ser exclusivamente del Juez y Fiscal de la causa.

## **1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.5.1. TEMÁTICA**

El ámbito de estudio se desenvuelve, en base al derecho penal y su procedimiento aplicado correctamente, en este caso la sanción penal por la inobservancia como la errónea aplicación de la norma Ley N° 1173 con respecto a la detención preventiva por Jueces y Fiscales.

### **1.5.2. ESPACIAL**

La presente investigación se desarrollará en Bolivia específicamente en la ciudad de La Paz, sin embargo, al tratarse de una propuesta jurídica conllevará la aplicación a nivel nacional.

### **1.5.3. TEMPORAL**

La presente investigación toma como periodo de estudio el comprendido entre enero de 2018 a diciembre de 2020 sin dejar de lado los antecedentes históricos que nos ayudaran a entender la importancia del tema.

## **1.6. OBJETIVOS**

### **1.6.1. OBJETIVO GENERAL**

PROPONER UNA LEY QUE ESTABLEZCA LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES Y FISCALES POR UNA DETENCIÓN PREVENTIVA ARBITRARIA E INJUSTA EN EL ORDENAMIENTO PENAL BOLIVIANO

### **1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Determinar los antecedentes de la responsabilidad de los Jueces
- Conceptualizar que es responsabilidad penal, responsabilidad civil y responsabilidad disciplinaria.
- Teorizar la importancia de la prisión preventiva en un proceso
- Analizar la normativa existente respecto a la responsabilidad que debe asumir un Juez y Fiscal
- Proponer las bases jurídicas para la creación de una Ley que precise la prisión preventiva y establezca responsabilidad a Jueces y Fiscales.

## **1.7. HIPÓTESIS**

El contar con una Ley que responsabilice a Jueces y Fiscales evitara la detención preventiva arbitraria e injusta del imputado.

## **1.8. VARIABLES**

### **1.8.1. VARIABLE INDEPENDIENTE**

La creación de una Ley específica para Jueces y Fiscales por detenciones preventiva.

### **1.8.2. VARIABLE DEPENDIENTE**

Se sancione penalmente las acciones arbitrarias e injustas por una detención preventiva.

## **1.9. DISEÑO METODOLÓGICO**

### **1.9.1. MÉTODOS**

#### **a) DEDUCTIVO**

Este tipo de investigación se basa en el estudio de la realidad y la búsqueda de verificación de unas premisas básicas a comprobar. A partir de la ley general se considera que ocurrirá en una situación particular.

En este sentido en el presente estudio la decisión de una autoridad judicial puede perjudicar la vida de una persona como es la detención ilegal sin fundamento legal sostenible.

#### **a) DEDUCTIVO**

El método deductivo es una estrategia de razonamiento empleada para deducir conclusiones lógicas a partir de una serie de premisas o principios. En

este sentido, es un proceso de pensamiento que va de lo general (leyes o principios) a lo particular (fenómenos o hechos concretos)<sup>2</sup>

Además, se tomará este método porque abarca de lo general a lo particular teniendo como base la ley general e identificando su problema de inconstitucionalidad.

Se analizarán documentos, entrevistas, reportajes y documentos para llegar a conclusiones respecto a la investigación presente.

## **b) MÉTODO ANALÍTICO**

El Método analítico es aquel proceso de investigación empírico-analítico que se enfoca en la descomposición de un todo, desarticulando en varias partes o elementos para determinar las causas, la naturaleza y los efectos. La definición del análisis es el estudio y examen de un hecho u objeto en particular, es el más usado en el campo de las ciencias sociales<sup>3</sup>

### **1.9.2. TÉCNICAS**

En cuanto al conjunto de instrumentos y medios a través de los cuales se efectuará este estudio, se plantea las siguientes técnicas de investigación que me permitirá ordenar las etapas de la misma, aportar instrumentos para manejar la información, llevar un control de los datos y orientar la obtención de conocimientos:

#### **➤ Los estudios causales-comparativos**

---

<sup>2</sup><https://www.significados.com/metodo-deductivo/>

<sup>3</sup><https://www.recursosdeautoayuda.com/metodo-analitico/>

Parecidos en cierta manera con los estudios correlacionales, los estudios causales-comparativos pretenden establecer el tiempo en el cual ocurre la causa y el efecto en un determinado fenómeno. Es por este motivo que estos estudios se subdividen en dos tipos: los estudios los causales-comparativos retrospectivos y los prospectivos.

En los retrospectivos el grupo investigador realiza análisis del problema cuando ya han ocurrido los efectos. Es decir, se trata de encontrar cuál es la causa de un fenómeno que ya se ha observado. En cambio, en los prospectivos, la investigación empieza antes de que ocurran los hechos, partiendo de las causas y tratando de averiguar cuáles serán sus efectos.

En este sentido es prudente mencionar esta técnica para identificar los efectos de la detención preventiva a los denunciados.

- **REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA.** - Una revisión bibliográfica es, principalmente, una modalidad de trabajo académico para elaborar artículos científicos, trabajos de fin de grado, máster o tesis. El objetivo principal de esta modalidad es realizar una investigación documental, es decir, recopilar información ya existente sobre un tema o problema.<sup>4</sup>
  - Documentos
  - Expedientes

## **CAPÍTULO II**

### **FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA**

#### **2.2. MARCO HISTÓRICO**

---

<sup>4</sup><https://www.scribbr.es/category/revision-bibliografica/>

### **2.2.1. HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES EN LA ANTIGÜEDAD**

En lo que respecta a la responsabilidad de los Jueces y Fiscales no se ejecuta como la norma lo indica por lo cual hay una evasión de responsabilidad por un fallo sin fundamento siendo que deberían regirse por la imparcialidad, aparecen como notas características de una cultura judicial europea que se remonta a los orígenes de la cultura política y jurídica de Occidente, Grecia y Roma.

En la antigua Grecia, la figura del Juez fue objeto de reflexiones deontológicas constantes, siendo la literatura griega gran reflejo de ello. Homero, quien fue considerado como maestro y guía espiritual del pueblo, refleja en sus poemas la existencia de dos elementos imprescindibles para lograr una vida digna en la polis: la justicia, como virtud fundamental; y las leyes, como guía de la vida humana.

Especial énfasis se puso en la importancia de la rectitud e imparcialidad de los Jueces. Así, por ejemplo, en la Grecia clásica se hizo hincapié en que no aceptaran regalos, lo cual incluso se plasmó de forma gráfica al representar a la justicia manca. Platón, en su célebre diálogo “Las Leyes”, exige que los jueces que acepten regalos, tanto para hacer como para corromper la justicia, reciban pena de muerte.

En Roma tampoco faltaron las referencias a la necesaria probidad de los que ejercían los cargos de jueces y magistrados. Así, Ulpiano, en el Libro I de las Instituciones, señala que “Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca de primero de dónde proviene la palabra ius llamase así, de iustitia, porque, según lo define elegantemente Celso, el derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo. Por esta razón, algunos nos llaman sacerdotes, pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y de lo equitativo, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando haber buenos a los

hombres buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”.

Los jueces imparten justicia, “dan a cada uno lo suyo”, como señala posteriormente Ulpiano en el texto citado, y para ello, deben no sólo aplicar las leyes de forma justa, sino también demostrar una dignidad profesional y personal coherente con sus postulados. Aristóteles expresa de forma muy clara la labor del juez, al indicar que “el juez es lo justo viviente”.

En cuanto a nuestro Derecho histórico, destacar que ya en el Fuero Juzgo hallamos principios deontológicos dirigidos a los jueces, especialmente en cuanto a su función durante el proceso. En la Partida III se exige que el Juez sea “una persona buena, íntegra” y se considera “incapacitados” a aquellos Jueces que no dominen sus pasiones, pues éstas impiden el entendimiento<sup>5</sup>.

Se enfatizan asimismo en dicho texto la imparcialidad y la ecuanimidad como rasgos indiscutibles del Juez. La misma idea recoge Antonio Peña, jurista castellano del s. XVI, al señalar que “el buen Juez debe tener en la memoria aquellos preceptos del filósofo que enseña que con todos sea benigno y con todos igual”.

Conscientes del gran valor que exige asumir dichas actitudes, en la Partida II se exhorta al Juez a actuar siempre con rectitud, sin atender al bien o el mal que pueda sobrevenirle, “de manera que no se desvíen del derecho ni de la verdad, ni hagan lo contrario por ninguna cosa que le pudiese ende avenir, de bien o de mal”.

### **2.2.2. ANTECEDENTES DE LA INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES**

---

<sup>5</sup>BOVINO, ALBERTO. *Prisión Cautelar, El fallo Suárez Rosero, 1994.*

La historia nos sirve para analizar la independencia de los jueces. La independencia de la que gozan hoy los jueces - en sentido amplio - no siempre ha sido así.

La perspectiva histórica siempre es un punto a favor a la hora de abordar cualquier tema ya que facilita un mejor análisis y comprensión del tema a tratar, y por otro lado puede ayudar a que un libro sea más ameno cuando ciertos temas requieren ser tratados con rigor como es este caso. Por lo tanto, la perspectiva histórica que comprende la primera parte, no solamente ayuda a amenizar la independencia del juez, sino que también se hace necesaria su inclusión como método comparativo y ejemplar.

Concretando en la perspectiva histórica, Juan Montero Aroca<sup>6</sup> no se deja llevar íntegramente por el factor temporal, sino que lo subordina a las características de la evolución de la independencia, cosa lógica y desde mi gusto acertada ya que la sistemática debe obedecer al pragmatismo de comprensión de la obra.

Se remonta a los principios del Poder Judicial, más exactamente, cuando todavía no existía el Poder Judicial tal y como lo conocemos esencialmente en nuestros días.

Antes de 1812, la primera Constitución con ciertos rasgos democráticos, la Justicia equivalía a lo que el rey decía. Esto ha sido propio de la historia de todos los países y como no, en el nuestro, en el que durante el reinado de Carlos II se decía que siempre en algún lugar del imperio de España brillaba el sol.

A partir de 1812 podemos decir que el poder pertenece a la Nación, a España y se abandona la idea de que el rey tiene el poder y que lo sabe todo cual de Salomón se tratare. Ahora el rey es símbolo de la acción y por lo tanto, la

---

<sup>6</sup> *Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia desde 1977, Juan Montero Aroca pertenece a la conservadora Asociación Profesional de la Magistratura. ... Nacido en Elche de la Sierra (Albacete) el 18 de noviembre de 1942, es magistrado de la Sala de lo Civil y Penal a propuesta del PP.*

justicia se realiza en su nombre; aunque el poder, en este caso, el poder o potestad judicial, del rey derive de la constitución.

Con “la Pepa” podemos hablar de división de poderes - lo que es digno de criticar puesto que se puede argumentar que la Constitución de 1812 nace con el deseo de mostrar una separación de los franceses que invadían España, y que por lo tanto no deberían haber seguido la influencia francesa, si tanto se oponían a ella, de la separación de poderes de Montesquieu. En cualquier caso, esa separación era expresa y se pretendía separa y dotar de independencia al Poder Judicial.

Dadas estas premisas históricas podemos decir que no existió un verdadero poder Judicial entre cuyas notas esenciales se encontraban la independencia y la responsabilidad. Si se quiere, y a modo de valoración, según Montero Aroca, cabría preguntarse como mucho la diferencia entre la independencia de los jueces y la autonomía del Poder Judicial.

La independencia personal, no fue tal independencia en realidad, se pretendía a los ojos de los demás reflejar esta autonomía en cada juez en la medida en la que para poder acceder a dicho status, era por medio de una carrera profesional. Nada más lejos de la realidad ya que el establecimiento de esta estaba condicionado por el gobierno; por mucha prueba objetiva que se realizase, la última palabra para aprobar el nombramiento de un juez, la tenía el Gobierno.

Las suspensiones también eran controladas por el Gobierno.

En resumen, se puede decir que el panorama preconstitucional que narra Montero Aroca, no es nada proclive a defender la existencia de la independencia y responsabilidad del juez. No digo que no esté en lo cierto, es tan sólo que parece que hay ciertas partes traslucidas que dejan sobradas lagunas en la explicación como cuando dice que los jueces no deben tener

una ideología política pero que luego sí, cuando habla de la presión a la que se vieron impuestos, pero luego arguye que los jueces no estaban a disgusto; parece que hay cosas que no encajan en la narración y que esas contrariedades no pueden ser consecuencia del lapso temporal. Tampoco mis argumentaciones se basan en fuentes sólidas, pero hay que admitir que se encuentran ciertos aspectos contradictorios sobre el mismo tema.

## **2.3. MARCO TEÓRICO**

### **2.3.1. DETENCIÓN PREVENTIVA**

La detención preventiva tal como se la conoce actualmente, es una de las instituciones más polémicas y paradójicas del proceso penal, en la que chocan con extraordinaria intensidad dos intereses públicos: por un lado, el interés estatal en garantizar la efectividad del proceso penal; y por el otro, el deber de proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, en un Estado de Derecho como el nuestro, ésta medida cautelar de carácter personal es de aplicación excepcional, no automática, condicionada siempre a las circunstancias del caso, proporcional a la finalidad que se persigue, y sin que dicha medida pueda constituirse en ningún caso un cumplimiento anticipado de la pena.

Estos aspectos y otros, se podrán ver en el desarrollo de esta primera parte; pero, antes de ingresar al tema específico, realizaré una síntesis de los antecedentes históricos de este instituto procesal penal, con la finalidad de contar con mayor conocimiento respecto al tema estudiado.

### **2.3.2. CONSECUENCIAS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA**

Es indiscutible que toda persona sometida a una medida cautelar como la detención preventiva, donde luego resulte sobreseída, absuelta o declarada inocente después de un recurso de revisión, sufre con ello un daño o perjuicio que debe ser compensado pecuniariamente, puesto que la privación de la libertad, a título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona, por lo que siendo injusta la medida, surge la responsabilidad civil del autor hacia el damnificado.

Es por eso que, en esta primera parte voy a referirme a las consecuencias que provoca la detención preventiva injusta, su responsabilidad y el vacío legal que existe en nuestra legislación.

#### **2.3.2.1. CONSECUENCIAS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA INJUSTA DESPUÉS DEL SOBRESEIMIENTO.**

Las consecuencias que deviene de una detención preventiva injusta son varias, sin embargo, en los siguientes puntos voy a referirme sólo a los daños y perjuicios que considero más importantes.

##### **2.3.2.1.1. DAÑO MATERIAL O PATRIMONIAL.**

Los daños causados al imputado sobreseído como consecuencia de una privación de libertad injusta, no sólo menoscaba los derechos humanos como la libertad personal, sino afecta la esfera patrimonial, toda vez que, el imputado al estar sujeto a una detención preventiva no puede dedicarse a su actividad laboral que constituye la base de su sustento y el de su familia.

Sin embargo, éste daño no sólo incluye el daño emergente (daño instantáneo) sino también el llamado lucro cesante (daño sucesivo) que constituye una

secuela del primero, y que en las obligaciones pecuniarias se fija de manera objetiva y tiene un equivalente en dinero.

**a) DAÑO EMERGENTE.**

El daño emergente consiste en aquellos gastos realizados por el imputado y sus familiares durante el proceso penal injusto.

**b) LUCRO CESANTE.**

El lucro cesante consiste en la pérdida de los ingresos que percibía el imputado sobreseído de su fuente laboral, como consecuencia de la privación de la libertad.

Sin embargo, para calcular la base del daño causado se debe tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto. Por ejemplo, en el caso de no depender las víctimas de un salario fijo, se debe tomar como base para la liquidación, el salario mínimo vital.

**2.3.2.1.2. DAÑO MORAL O EXTRA PATRIMONIAL.**

Como se ha visto en el primer capítulo, los daños morales son aquellos perjuicios causados a los sentimientos de las personas, como a su honor, a su imagen o a sus afecciones legítimas, es decir a su vida espiritual.

Desde esta perspectiva debe de entenderse que esta clase de daño no se traduce en una pérdida económica, pues en realidad lo que hiere es un derecho extrapatrimonial, ya que ofende el orden interno de la víctima, dejándole secuelas que la hacen sentirse en un plano inferior a los demás. La reparación del daño moral si bien no atiende a la reintegración de un

patrimonio, va dirigida a proporcionar en la medida de lo posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado.

En este sentido, el daño moral que sufre el imputado sobreseído por una injusta privación de libertad, se manifiesta principalmente en la afección a sus sentimientos, su dignidad, su reputación, su crédito y prestigio, es decir, a los denominados derechos de la personalidad. Cabe señalar que entre éstos daños se encuentran también el psicológico y el social, que por su importancia paso a desarrollar en los siguientes puntos.

#### **2.3.2.1.3. DAÑO PSICOLÓGICO.**

Este daño se refiere a un sufrimiento psíquico, una posible limitación para el trabajo, alguna molestia en la sociedad y un dolor moral al encontrar que no recobra del todo la condición con que contaba con anterioridad a la vulneración de sus derechos

Esta perturbación patológica altera el equilibrio básico de toda persona privada de libertad injustamente o agrava algún desequilibrio precedente y por lo tanto produce una incapacidad a nivel de la mente, ya sea transitoria o permanente.

Por tanto, el daño psicológico causado al imputado sobreseído por la privación de libertad se manifiesta en la alteración de su personalidad, es decir aquella perturbación profunda de equilibrio emocional, que guarda como nexo causal adecuado con el hecho dañoso y que entraña una importante descompensación que perturba su integración al medio social.

#### **2.3.2.1.4. DAÑO SOCIAL.**

El daño social es otro de los daños más importantes causados por la detención preventiva injusta, puesto que una persona que ha sido imputada, privada de libertad y luego sobreseída, ve gravemente dañada su honra y la de su propia

familia. Esto hace que ante la sociedad quede una mancha o estigma en su dignidad como persona que es difícil de borrar.

Me pregunto ¿cuántas personas estarían dispuestas a contratar a alguien que fue procesado o condenado por un hecho delictivo? estoy seguro que no muchas, por lo que en definitiva se despoja a la persona y a su familia de la posibilidad de desarrollarse adecuadamente en la sociedad, afectando en consecuencia su dignidad y su calidad de vida.

### **2.3.2.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO Y LOS PARTICULARES POR LA DETENCIÓN PREVENTIVA.**

La actividad u omisión del Estado, dentro del cumplimiento de la función judicial, es susceptible de causar daños y perjuicios a los particulares por error judicial, que de acuerdo con lo más elemental noción de equidad y justicia, es el mismo Estado quién tiene la obligación de reparar éstos daños.

Sin embargo, dicha responsabilidad no sólo corresponde al Estado, sino que incumbe a los denunciantes o querellantes que dolosamente realizan denuncias o acusaciones falsas y temerarias en contra de personas inocentes, llegando incluso a provocar la privación de libertad de las mismas.

#### **2.3.2.2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO.**

Por una razón de confianza el Estado en su función de administrar justicia debe garantizar con entereza la justicia que imparte, respetando plenamente los principios y derechos fundamentales reconocidos en nuestra norma suprema tales como el debido proceso, la presunción de inocencia y la libertad personal, éste último uno de los valores más preciados del hombre después de la vida.

Aunque haya presunción de legitimidad en los actos y decisiones judiciales dentro de un proceso penal, comprendiendo en esto las medidas cautelares dispuestas en protección del ejercicio cabal del iuspuniendi, los daños y perjuicios ocasionados a las personas investigadas como supuestos autores de delitos deben ser asumidos por el Estado.

Quien no puede escudarse en que con ello cumplía su función de administrar justicia y velar por la seguridad de todos, ni exigirse el sacrificio personal de los involucrados, ya que eso debe llevarse a cabo sin perjudicar los derechos y expectativas de las personas, máxime si se trata del derecho a la libertad derivado del estado de inocencia con que toda persona afronta en el proceso penal.

Entonces, en términos globales, la responsabilidad del Estado por actos administrativos, trata, esencialmente, de restituir el equilibrio económico roto por hechos o actos del poder público en detrimento de un particular, por medio del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, es decir que, tiene la obligación de reparar pecuniariamente de modo de restablecer la situación patrimonial que con anterioridad al hecho o acto ilícito, tenía el damnificado, o sea, que haga desaparecer los efectos de la lesión sufrida por alguien en su patrimonio.

#### **2.3.2.2.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PARTICULARES.**

Cuando el denunciante o querellante provoca el inicio de un proceso penal mediante denuncia falsa o temeraria, es responsable penalmente por incriminar a una persona inocente como autor de un delito de acción pública.

Asimismo, como autor del delito de acusación o denuncia falsa, es responsable por los daños y perjuicios causados a la persona inocente que ha sido imputada y privada de libertad.

Por tanto, el denunciante o querellante es tan responsable como el Estado lo es hacia los particulares, puesto que la vulneración de derechos constitucionales como la dignidad y la libertad personal de un inocente, no puede quedar sin reparación alguna, por lo que, corresponde al causante del daño pagar los daños y perjuicios ocasionados al que ha sufrido la detención preventiva injusta.

### **2.3.2.3. EL VACÍO LEGAL RESPECTO AL DERECHO A INDEMNIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL POR DETENCIÓN PREVENTIVA INJUSTA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

La detención preventiva injusta del imputado puede darse durante todo el proceso penal; sin embargo, en nuestro país, la indemnización al imputado sólo procede cuando éste es absuelto en revisión de sentencia y no así cuando el imputado es privado de libertad y luego sobreseído o absuelto.

#### **2.3.2.3.1. VACÍO LEGAL EN CASO DE SOBRESEIMIENTO.**

Según el Código de Procedimiento Penal (Art. 323), al concluir la Etapa Preparatoria, el fiscal de materia puede presentar ante el juez o tribunal los siguientes actos conclusivos: a) acusación; b) suspensión condicional del

proceso, c) procedimiento abreviado, d) criterio de oportunidad, e) conciliación; y, f) el sobreseimiento.

Si bien son varios los actos conclusivos, en el presente trabajo investigativo nos interesa el sobreseimiento, puesto que dicho requerimiento al ser confirmado por el fiscal superior jerárquico, produce los efectos de cosa juzgada disponiéndola conclusión del proceso y la cesación de las medidas cautelares impuestas al imputado (Art. 324 CPP).

De lo que se deduce, que una vez ratificado el requerimiento conclusivo el imputado debe ser puesto en libertad si ha estado detenido preventivamente, sin embargo, por esta privación de libertad el imputado sobreseído no recibe ninguna indemnización, debido a que no se encuentra establecido en ningún artículo del Código de Procedimiento Penal (Ley 1970), tal como se ha podido ver en el análisis jurídico de la legislación nacional, en el capítulo anterior.

Por tanto, se puede colegir que existe un vacío legal respecto a estos casos y que, surge la necesidad de incorporar una norma jurídica específica que otorgue una indemnización justa a favor del imputado sobreseído por el tiempo de privación de libertad. Cabe indicar que, éste es el principal objetivo de la presente investigación, es decir, dar solución a esta problemática que es parte de nuestra realidad social.

#### **2.3.2.3.2. VACÍO LEGAL EN CASO DE ABSOLUCIÓN.**

Después de la sustanciación del juicio oral, el Juez o Tribunal previa valoración de las pruebas está facultado a dictar sentencia absolutoria a favor del imputado cuando: a) no se haya probado la acusación; b) la prueba no haya sido suficiente; c) no se demuestre que el hecho no existió, no constituye delito o que el imputado no haya participado en él; o, d) exista una causa eximente de responsabilidad penal (Art. 363 CPP).

En cualquiera de estos casos surten los siguientes efectos: a) la libertad del imputado en el acto; b) la cesación de todas las medidas cautelares personales fijando costas; c) declaración de temeridad o malicia de la acusación a efectos de la responsabilidad correspondiente; d) libertad del imputado aunque la sentencia absolutoria no esté ejecutoriada; y e) la publicación de la parte resolutive de la sentencia absolutoria en un medio escrito de circulación nacional a cargo del Estado o el querellante particular(Art. 364 CPP).

Como se puede ver uno de los efectos más importantes es la libertad inmediata del imputado, aun cuando la sentencia absolutoria no esté ejecutoriada, sin embargo, al igual que en el caso del sobreseimiento no existe un artículo que se refiera a la reparación de los daños por la privación de libertad, vale decir, que en este caso también existe un vacío legal. Pero, cabe señalar que éste no es objeto de estudio en la presente investigación.

#### **2.3.2.3.3. PROCEDENCIA SÓLO EN CASO DE REVISIÓN DE SENTENCIA.**

El Código de Procedimiento Penal (Ley 1970), señala diversos casos para la procedencia del recurso de revisión de sentencia a favor del condenado, pero, si en este recurso extraordinario se declara absuelto al condenado, se dan los siguientes efectos: a) se ordena la inmediata libertad del condenado; b) la rehabilitación plena del injustamente inhabilitado; c) el pago de la indemnización y/o la devolución de la cantidad pagada en concepto de pena pecuniaria y los objetos confiscados; y, d) la sentencia dispondrá la publicación de la parte resolutive en un medio de comunicación de alcance nacional (Art. 426 CPP).

Es precisamente, en estos casos que la norma adjetiva penal referida establece el derecho a indemnización al condenado por privación de libertad injusta, en su artículo 274, que dice: *“cuando a causa de revisión de sentencia,*

*por error judicial, el condenado sea absuelto o se le imponga una pena menor, éste o sus herederos serán indemnizados en razón del tiempo de privación de libertad...”, es decir, es el único caso en que procede dicha indemnización.*

### **2.3.3. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN LA LOJ PARA JUECES Y JUEZAS**

Los artículos 184 y siguientes de la nueva LOJ regulan la responsabilidad disciplinaria de los servidores judiciales. Especialmente, en la Sección I del Capítulo III de Título VII, se agrupan las normas sobre el régimen disciplinario de los servidores judiciales.

Estableciendo las clases (art. 185) y tipos (arts. 186 a 188 LOJ) de faltas, así como el respectivo procedimiento administrativo para el establecimiento de la responsabilidad disciplinaria con alguna de ellas. Una de las novedades que incluye la nueva LOJ es la dualidad de procedimiento disciplinario según el tipo de falta de que se trate. Así, en los casos de faltas leves o graves, juzgará sobre la adecuación o no a una de estas conductas, un juez disciplinario. Si se tratase de falta gravísima se conformará un tribunal disciplinario compuesto por un juez disciplinario (art. 189. I LOJ) y dos jueces ciudadanos sorteados del padrón electoral (art. 189.2 y 192 LOJ).

Aunque ninguno de los artículos de esta sección lo indique se entiende que estas normas forman parte de lo que en la doctrina - y por el propio Tribunal Constitucional - se denomina procedimiento administrativo sancionador disciplinario<sup>7</sup> y que a ella le son de aplicación, aunque con matices, los principios de derecho penal. Como consecuencia de ello, el procedimiento administrativo sancionador por faltas disciplinarias, ya sea el sustanciado por

---

<sup>7</sup> *Fundamento Jurídico III.I SC 757/2003-R del 4 de junio*

juez o por tribunal disciplinario, también está sujeto a las garantías del debido proceso<sup>8</sup>.

La subsección I, compuesta por un único artículo, el art. 184, se encarga de consagrar la responsabilidad disciplinaria del funcionario judicial que, en todo caso, deberá ser entendida como distinta e independiente de la civil o penal.

Al parecer, pues la norma no es del todo clara, el art. 184. III LOJ prohíbe que en un mismo proceso se sustancie y resuelvan en conjunto los distintos géneros de responsabilidades (civil, penal y disciplinaria). Si es así, la disposición es coherente con la naturaleza y finalidad de cada una de ellas ya que, con la acción civil se busca el resarcimiento del daño causado por el funcionario judicial, en la penal, la imposición de una pena (que puede ser incluso, motivada por el mismo hecho que da lugar al resarcimiento del daño) y, la disciplinaria, que afecta directamente al buen funcionamiento e imagen del Órgano Judicial.

El art. 184 LOJ también hace distinción, en cuanto al régimen disciplinario de los demás funcionarios judiciales, al establecer que las servidoras y los servidores del Consejo de la Magistratura y de la Dirección Administrativa y Financiera están sometidos disciplinariamente al Estatuto del funcionario Público y sus reglamentos.

Esto significa que las normas de los artículos 184 y siguientes (en cuanto a la tipología de las faltas disciplinarias y su respectivo procedimiento sancionador) no se aplican a ellos.

---

<sup>8</sup> *Fundamento Jurídico III 2, SC 757/2003, del 4 de junio*

### **2.3.3.1. CLASES DE FALTAS DISCIPLINARIAS.**

El artículo 185 LOJ establece los tipos de faltas disciplinarias (leves, graves y gravísimas) manteniendo la tipología de la Ley del Consejo de la Judicatura (art: 38 LCJ). A cada uno de los tipos de faltas disciplinarias le corresponde un tipo distinto de sanción.

Las faltas disciplinarias contenidas en este artículo, y la descripción de las conductas que se acomodan a ellas (arts. 186 a 188 LOJ) así como la respectiva sanción que les corresponden (arts. 208 LOJ), deberían cumplir con las exigencias de legalidad, tipicidad y taxatividad propias del derecho administrativo sancionador disciplinario.

El nuevo régimen disciplinario, junto a otros mecanismos de la LOJ, busca mejorar la calidad de la administración de justicia. Por ello, la nueva tipificación de faltas disciplinarias amplía el catálogo de faltas graves de diez (art. 40 LCJ) a veintidós (art. 187 LOJ), y el de faltas leves de dos (art. 41 LCJ) a nueve (art. 186 LOJ). En cuanto a las sanciones, en las faltas leves la sanción será siempre una multa del 20% del haber un mes (a diferencia de la normativa anterior oscilaba entre el 20% y el 40% art. 55 LCJ) y, en las gravísimas, la destitución del cargo. El máximo de la sanción en las faltas graves es de 6 meses (en contraste con el art. 54 LCJ, que establecía un año). Como se ve, se ha reducido la dureza de las sanciones en faltas graves y leves.

A pesar de lo anterior, las normas de este capítulo dejan sin regular las faltas disciplinarias y las sanciones para notarios y martilleros judiciales dejando, nuevamente, como lo hacía la Ley anterior, un vacío legal.

### **2.3.3.2. FALTAS LEVES.**

A diferencia de las faltas leves reguladas por el art. 41 de la Ley N° 1817 del Consejo de la Judicatura, este artículo tipifica en esta categoría siete nuevas conductas.

Las faltas leves, tienen como sanción una amonestación escrita y multa del veinte por ciento (20%) del haber de un mes (art. 208 LOJ). El artículo describe nueve conductas que se consideran faltas leves.

El numeral I del artículo que comentamos establece que se considerará falta leve la ausencia al ejercicio de funciones por día o dos días discontinuos en un mes. La norma tiene como precedente el art. 41.I LCJ. Con relación a su antecedente legislativo, el art. 186.I LOJ presenta la variante de disminuir el número de días (de dos a uno continuos, y de tres a dos discontinuos) de ausencia sin justificación al ejercicio de funciones para ser considerado falta leve. Esta ausencia, a tenor de la norma, no se considerará falta leve si está debidamente justificada. La disposición es coherente con el principio de culpabilidad ya que, no se podrá considerar falta leve y por lo tanto no se podrá sancionar la conducta, cuando se ha realizado la culpa del servidor judicial.

Lo que la ley no indica son los parámetros de la justificación y si la misma se deberá presentar por escrito o de forma oral, antes de la audiencia o si es posible después de ella. Aunque el legislador nada indica sobre ello para nosotros, la justificación de ausencia al ejercicio de funciones se deberá hacer siempre por escrito y, es posible que se realice antes y después de ella. Si la justificación se presenta antes de la ausencia se entiende que es programada y que se refiere a un hecho que no se puede eludir. Si se la realiza después de la ausencia, se deberá tratar de caso fortuito o fuerza mayor. Podrán ser sujeto activo de este tipo disciplinario contravencional cualquiera de los servicios judiciales.

El numeral dos establece como falta disciplinaria leve, el maltrato reiterado a las partes o a los servidores de apoyo judicial. A diferencia de su similar contenido en el art. 41.2 LCJ, la nueva tipificación amplía el espectro de sujetos que el maltrato se considera falta leve. Así ya no sólo se considera falta leve el maltrato reiterado a los sujetos procesales, sino también a “las o los servidores de apoyo judicial”. Podrán cometer esta falta, no solo los jueces y magistrados, sino también los servidores de apoyo judicial respecto del juez o de las partes.

La ley no indica con exactitud en qué consiste el maltrato, el mismo que se considera hecho constitutivo de falta leve, situación que vulnera el principio de taxatividad. Se puede entender que configurar este maltrato las agresiones verbales y, por supuesto, también las físicas. Por otro lado, consideramos que debió establecerse como falta disciplinaria el sólo maltrato (entendido en los términos anteriores), sin exigir que este sea reiterado ya que, de por sí, denigra la imagen del Órgano Judicial.

El numeral 3, considera faltas leves dos conductas relacionadas. El incumplimiento del deber de dar audiencia y la ausencia en el horario establecido para ello. Por ello, a tenor del art. 186.3 LOJ, no basta que se fijen las fechas y horas para las respectivas audiencias judiciales, sino que, además los servidores judiciales deberán concurrir a ellas en el horario establecido. La norma no aclara si existe algún tiempo de “tolerancia” en cuanto al retraso de la celebración de la audiencia en la hora fijada.

El abandono, del lugar de ejercicio de las funciones judiciales es considerado falta leve, si no se cuenta como la respectiva licencia o autorización (numeral 5) A diferencia de lo establecido en los numerales 1, 3 y 4., no se pide causa justificada, sino más bien justificación legal, es decir, que esté previamente autorizado por la ley o la autoridad que corresponda. La norma habla sobre la licencia o autorización en “tiempo hábil” y, nuevamente, sin indicar si esta

licencia o autorización deberá ser recabada antes o después, cuanto es lo que se considera tiempo hábil.

Los numerales 6 y 7. El primero de ellos se refiere al manejo de libros y registros del tribunal o juzgado, el segundo, se centra en los registros. El numeral 6 establece que las libros y registros se deberán llevar de forma adecuada. El numeral 7, que los registros (circunscribiéndose solo a ellos, sin mencionar los libros) de forma regular y adecuada. Para nosotros el numeral 7 es una repetición innecesaria de lo contenido en el numeral 6 ya que, un manejo adecuado de los registros se debe hacer también de forma regular. La responsabilidad para el manejo de las libros y registros corresponde a los secretarios de juzgado y de salas del Tribunal supremo y Tribunales Departamentales de justicia (art. 94 num. 9 y I I LOJ). Los tipos de libros y registros, son los contenidos en las arts. 95 a 98 LOJ.

Como manejo no adecuado de las libros o registros del tribunal o juzgado se puede entender también la práctica de dejar las espacios o casillas de fechas de recepción de memoriales o de entrada de estos y las salidas de las resoluciones judiciales en blanco, para ser llenadas luego a discreción del funcionario judicial. Desde luego, al no existir un sistema de control sobre estos libros, esto es difícil de demostrar.

Las conductas que cabe incluir dentro del numeral 8 son numerosas. Evidentemente es este un tipo abierto ya que, bajo la afirmación “cualquier otra acción” se pueden entender incluidas un sin número de ellas sin que se especifique exactamente cual o cuales.

### **2.3.3.3. FALTAS GRAVES.**

El art. 187 de la nueva LOJ, cuyo precedente es el art. 40 de la LCJ, regula las faltas graves. A diferencia de su precedente legislativo (que solo contemplaba

diez tipos de faltas graves) la disposición que comentamos establece veintidós tipos de faltas disciplinarias graves. La adecuación de la conducta a alguna de ellas da lugar al correspondiente procedimiento ante juez disciplinario, y la sanción correspondiente será suspensión del ejercicio de funciones, sin goce de haberes, en rango de uno a seis meses (art. 208.II LOJ).

El numeral I del art. 187 LOJ establece coma falta disciplinaria grave el ausentarse injustificadamente del ejercicio de funciones por dos días continuos o tres discontinuos, en un mes. Consideramos positiva la disminución de días permisivos de ausencia injustificada a la fuente laboral. Así, se han reducido del art. 40.I LCJ a sólo dos y, los cinco discontinuos del mismo articulado, a tres.

La falta grave contenida en el art. 187.2 LOJ), es la misma que la mencionada en el precedente legislativo (art 40.2 LCJ), Consideramos que se debió aprovechar la oportunidad para modificar y ampliar el tipo disciplinario no sólo a la omisión de promover acción disciplinaria contra el personal auxiliar por falta grave, sino también por falta leve Por la configuración del tipo disciplinarios, esta figura jurídica está dirigida a jueces y magistrados.

El art. 187.3 LOJ viene a introducir una modificación necesaria en la configuración del tipo disciplinario de excusas ilegales. La LCJ no consideraba falta grave la declaración de ilegalidad de alguna excusa, solo era considerado. a tenor del art. 39.2 falta muy grave la declaración de ilegalidad tres excusas en un año. Este art 187.3 LOJ no sólo que considera falta grave la ilegalidad de las excusas, sino que establece que basta con una para ser pasible de responsabilidad disciplinaria y recibir sanción por la comisión de falta grave.

Nos parece positiva la modificación por dos razones. Primero, porque no existía (y tampoco ahora) un registro de ilegalidad de excusas y era muy difícil para los litigantes la constatación de la acumulación de las tres excusas.

Ahora. con el nuevo régimen, basta con una, para considerarla falta grave. Segundo, porque obliga a los jueces y magistrados a prestar más atención y estudiar detenidamente si procede o no excusarse en el conocimiento de una causa. Esto último es importante ya que, una sola excusa sin justificación legal causa la demorara injustificada del proceso, con el consiguiente perjuicio que eso significa para las partes.

Complementando el tipo del numeral anterior, el art. 187.4 LOJ establece como novedad, la inclusión en el catálogo de faltas graves, el haberse allanado a una recusación que luego sea declarada improbada. Los argumentos comentados en el numeral anterior pueden ser reproducidos en este. También consideramos positivo la inclusión de este nuevo tipo disciplinario, por la demora y el perjuicio que causa a los litigantes en la tramitación de proceso.

La nueva ley, en el art. 187.5 LOJ, establece como falta grave la emisión de opiniones anticipadas no sólo sobre asuntos que esté llamado a decidir, sino también sobre los que estén pendientes en otros tribunales. La justificación de la inclusión de este tipo disciplinario es doble. Por un lado. porque tal actitud puede ser utilizada por los litigantes para promover la excusa de jueces y magistrados (art 27.8 LOJ), con lo que, en el fondo. la autoridad judicial estaría creando las condiciones para que lo recusen. En segundo lugar, no es conveniente la emisión de opiniones, judicial o extrajudicialmente, sobre procesos concretos, ya que, el servidor judicial, más que opiniones, es llamado a decidir jurisdiccionalmente la controversia.

El tipo disciplinario del art. 187.6 LOJ es el mismo que su precedente legislativo (art. 40.4 LCJ. Para el incumplimiento de los horarios de audiencias y de atención en el despacho sea considerado falta grave se deben cumplir dos requisitos: (1) no justificar dicho incumplimiento y, (2) que sea reiterado. Nuevamente el legislador no indica si la justificación se debe hacer por escrito o basta una justificación verbal, tampoco si la misma se deberá hacer antes o

después o, en el tiempo en el que se deberá presentar. Por otro lado, dicho incumplimiento injustificado no constituye falta grave si solo se trata de una sola vez ya que, deberá ser reiterado (por lo menos dos). Algo que tampoco indica el legislador es el tiempo o plazo de demora para la realización de 1a audiencia. Se puede entender aplicable el art. 102.4 CPC que fija un plazo de treinta minutos de tolerancia para el inicio de las audiencias.

A tenor del art. 187.7 LOJ, cuyo precedente legislativo es el art. 40.5 LCJ, toda audiencia fijada debe ser necesariamente instalada (cabe plantearse si se podrá considerar como única excepción la solicitud de ambas partes de suspensión de dicha audiencia). La suspensión procederá, solo previa instalación de la misma. El artículo tiene sentido si se considera que, si se va a suspender la audiencia por algún defecto procesal u otra razón, las partes tienen el derecho de tener conocimiento de la causa de dicha suspensión. Lo que la norma no indica son las causales de suspensión de las audiencias, que deberán buscarse en las leyes especiales. Por otro lado, la no suspensión de las audiencias favorece una administración de justicia sin dilaciones (principio de celeridad procesal, art. 4.7 LO).

La pérdida de la competencia del juez o tribunal (art. 187.8 LOJ) solo procede por las causales establecidas en la ley. Por otro lado, no basta con que la autoridad jurisdiccional haya perdido la competencia, esta se debió realizar con dolo (según los requisitos del art. 14 CP). Como el artículo no fija un número de pérdidas de competencia (como lo hace el art. 188.3 LOJ para las faltas gravísimas, que lo fija en tres veces en el año) entendemos que para la adecuación de la conducta al tipo disciplinario de falta grave bastará que dicha pérdida dolosa de la competencia se efectivice por una sola vez.

La utilización de las instalaciones del Órgano Judicial con fines de compraventa de bienes o servicios es considerando falta leve (art. 186.9 LOJ), fuera de ello, cualquier utilización de los inmuebles, vehículos u espacios

físicos con fines distintos a las labores judiciales (o servicios conexos), sin importar el horario, se considera falta grave (art. 187.12 LOJ). Generándole, además, responsabilidad por la Función Pública, determinada en la Ley N° 178 y Decretos Supremos Reglamentarios.

A diferencia de lo establecido en el art. 186.2 LOJ, que considera falta leve el maltrato a sujetos procesales, el numeral 13 del art. 187 LOJ considera falta grave no solo la violencia física, sino también el maltrato a servidores judiciales. El tipo disciplinario del art 187.13 LOJ distingue dos conductas que son consideradas falta grave. La violencia física, que es de mayor envergadura que un maltrato físico y. los malos tratos, que pueden ser interpretados como malos tratos verbales o psicológicos.

La LOJ crea un nuevo tipo disciplinario de falta grave, la participación, organización o fomento de huelgas, paros o suspensión de actividades jurisdiccionales (art. 187.15 LOJ). Esta norma se puede entender contraria al derecho a la huelga reconocido constitucionalmente. De cualquier manera, el artículo busca evitar la suspensión de actividades jurisdiccionales, que tiene como consecuencia el grave perjuicio a los litigantes.

El art. 187. I 6 LOJ está dirigido a los secretarios, auxiliares y oficiales de diligencia. Las funciones a las que hace referencia, cuyo incumplimiento acarrea falta grave, son las establecidas en la LOJ (arts. 94, 101, 105), CPC y leyes específicas del sistema.

El tipo disciplinario del art. 187.17 LOJ se refiere a dos aspectos de la dinámica procesal, al régimen de excusas (que tiene que ver con la imparcialidad judicial) y al de la inhibitoria (que tiene relación con la competencia). Sobre el primer aspecto, no solo la excusa ilegal (art. 187.3 LOJ) o allanarse a una recusación que luego es declarada improbadada (art. 187.4 LOJ) son causales de falta grave, también lo es, por lo establecido en el numeral 17 del artículo que comentamos, no excusarse oportunamente, al formularse una excusa en

su contra, cuando lo debiese hacer, por ser ciertas las causales alegadas por los litigantes. Sobre el segundo aspecto, consideramos que el legislador también debió incluir, junto a la inhibitoria, la declinatoria de competencia.

Tal vez el legislador no lo ha hecho, por entender cumplido el cometido al tipificar coma falta gravísima, la perdida de competencia (no sólo por declinatoria o inhibitoria, sino por cualquier causa), por tres veces o más dentro del año judicial como indica el art. 188.7 LOJ. Para nosotros se trata de dos normas distintas ya que. el legislador considera falta gravísima la pérdida de competencia en número de tres, en el año judicial, mientras que, bastará una, aunque limitado a no inhibirse oportunamente.

En la otra practica judicial era muy frecuente que los servidores judiciales, utilizarán a los funcionarios subalternos para la realización de labores o actividades personales, ajenas a las propiamente judiciales. El tipo disciplinario del art. 187.18 LOJ intenta eliminar dichas prácticas, esto con el ánimo de que el funcionario judicial no distraiga su atención de las labores propiamente establecidas y para las cuales fue designado.

A tenor del art. 187.20 LOJ, la comisión de tres faltas es considerada falta grave.

Aunque el artículo no lo indique expresamente, se entiende que dichas faltas deben tener resolución condenatoria ejecutoria. El tipo disciplinario tiene un vacío legal al no indicar el lapso de tiempo de comisión de estas faltas leves, por lo que en el ejercicio -de toda- de la carrera judicial, es considerado falta grave. Lo correcto hubiese sido que la norma estipulase un plazo, p. ej., en el transcurso de un año, como lo hace en las ausencias injustificadas (art. 187.1 LOJ) en el plazo de un mes.

#### **2.3.4. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN LA LEY DEL ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA FISCALES**

Conforme lo dispuesto por el art. 114 de la LOMP, la o el Fiscal responderá por sus resultados emergentes del desempeño de sus funciones. Se entiende por la falta disciplinaria, toda acción u omisión en la que, en el ejercicio de sus funciones incurra una o un Fiscal y que se encuentre prevista y sancionada en la LOMP.

Las Faltas se clasifican en: leves, graves y muy graves, conforme el art.118 LOMP y el catálogo de las mismas se encuentran contempladas en el art. 119, 120 y 121 respectivamente; sin embargo, el Régimen Disciplinario alcanza solamente a las faltas graves y muy graves conforme lo establece el art. 115 LOMP, pues las faltas leves son de conocimiento de la autoridad superior quien imponga la sanción de llamadas de atención o amonestación escrita de forma directa.

##### **2.3.4.1. LAS SANCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PUBLICO**

Las sanciones se encuentran fijadas en el art. 122 de la LOMP y se distribuyen de la siguiente forma:

1. Para las **faltas leves**, llamadas de atención o amonestación escrita, las mismas que serán impuestas directamente por el superior.
2. Para las **faltas graves**, pérdida del derecho a promoción durante un año, suspensión temporal del cargo sin goce de haberes por un tiempo que no exceda de dos meses o una multa de hasta el 40% de su haber mensual.
3. Para las **faltas muy graves**, destitución definitiva del cargo y consiguiente retiro de la carrera Fiscal, sin perjuicio de iniciarse proceso penal si

corresponde.

Ejecutoriada la resolución, se hará conocer la sanción impuesta al escalafón fiscal y será de cumplimiento inmediato.

#### **2.3.4.2. FALTAS LEVES**

Las faltas leves se encuentran enumeradas en el art. 119 de la LOMP, precepto legal que da cuenta que constituyen estas faltas las siguientes:

1. La ausencia injustificada al ejercicio de sus funciones por un día o dos días discontinuos en un mes, sin perjuicio de los descuentos que se establezcan reglamentariamente.
2. El maltrato que no implique discriminación a los sujetos procesales y las o los servidores de apoyo fiscal e investigadoras o investigadores.
3. Ausentarse del lugar donde ejerza sus funciones sin causa justificada, sin perjuicio de los descuentos que se establezcan reglamentariamente.
4. Abandonar el lugar donde ejerza sus funciones sin la respectiva licencia o autorización, y sin justificación legal.
5. Manejar de forma inadecuada los cuadernos de investigación o registros.
6. Cualquier otra acción que represente conducta profesional negligente, descuidada o retardo en el ejercicio de sus funciones o menoscabo de su objetividad, que no pueda ser reparada o corregida.
7. Desempeñar funciones ajenas a sus específicas labores durante las horas de trabajo.
8. No introducir o registrar oportunamente los actuados procedimentales e investigativos en el sistema informático en las formas y conforme a los

procedimientos establecidos institucionalmente.

#### **2.3.4.3. FALTAS GRAVES**

Con relación a las denominadas faltas graves, el catalogo de las mismas se encuentra en el art. 120 de la LOMP, ellas son:

1. El incumplimiento culposo de las instrucciones o circulares recibidas que ocasionen daño al proceso penal o a la institución, siempre que las mismas hubieren sido impartidas en la forma prevista en esta Ley.
2. La ausencia injustificada, por más de dos (2) días continuos o tres (3) discontinuos en el período de un mes, sin perjuicio de los descuentos que se establezcan reglamentariamente.
3. El incumplimiento injustificado de plazos, salvo los previstos como falta muy grave.
4. Pérdida de documentos, indicios y elementos de prueba a su cargo por falta de un debido cuidado en su custodia, que genere perjuicio a un proceso o a la institución.
5. Impartir instrucciones, interferir o ejercitar cualquier clase de presión, con el objeto de favorecer indebidamente a alguna de las partes dentro de un proceso penal, administrativo o disciplinario.
6. Dar intencionalmente información errónea a las partes, relacionada al proceso penal.
7. No dar información a las partes sobre el proceso penal, salvo cuando se haya declarado la reserva de las actuaciones conforme a lo previsto en el procedimiento penal, o exista deber de confidencialidad o reserva legalmente establecido.

8. Difundir por cualquier medio, información que lesione derechos reconocidos constitucionalmente a favor de los sujetos procesales o de la víctima.
9. Declarar falsamente en la solicitud o trámites de licencias, salidas, comisiones, autorizaciones, declaraciones de incompatibilidad y sueldos.
10. Informar falsamente en los reportes estadísticos.
11. El abuso de su condición de fiscal para obtener para sí o de terceros un trato favorable de autoridades, servidoras y servidores públicos o particulares.
12. Ausencia injustificada a una audiencia debidamente notificada.
13. La inobservancia del deber de excusarse, a sabiendas de que concurre alguna de las causales de excusa.
14. La comisión de tres faltas leves ejecutoriadas, en el término de doce (12) meses.
15. Acumular descuentos equivalentes a diez (10) días de descuento en un año.
16. Suspender injustificadamente las audiencias señaladas para actuaciones procedimentales y/o investigativas.
17. Realizar actos de violencia física contra superiores jerárquicos, subalternos, compañeros de trabajo, o a las personas que intervienen en la investigación y en el proceso penal.
18. No emitir los requerimientos conclusivos o de procedimiento mediato en los plazos establecidos por Ley.
19. La negación u omisión del deber de coordinación y cooperación establecida en la Ley de Deslinde Jurisdiccional entre el Ministerio Público y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina.

20. No pronunciarse oportunamente y de manera fundamentada sobre las diligencias de investigación solicitadas por la parte querellante.

**(Modificado por la disposición Adicional Primera de la Ley 1173 de 3 de mayo de 2019 de Abreviación Procesal Penal y de Fortalecimiento de la lucha integral contra la violencia a niñas, niños, adolescentes y mujeres).**

#### **2.3.4.4. FALTAS MUY GRAVES**

Finalmente, las más gravosas debido a la sanción que impone cuando se encuentra responsable por la comisión, son las faltas muy graves, que por disposición del art. 121 de la misma LOMP son las siguientes:

1. El incumplimiento doloso de las instrucciones o circulares recibidas, que ocasionen daño al proceso penal o a la institución, siempre que las mismas hubieren sido impartidas en la forma prevista en esta Ley.
2. La ausencia injustificada, por más de tres días continuos o cinco discontinuos, en el lapso de un mes, sin perjuicio de los descuentos que se establezcan reglamentariamente.
3. Concurrir a cumplir sus funciones en estado de ebriedad o bajo los efectos de sustancias controladas.
4. Destruir, modificar, ocultar, suprimir, alterar, falsificar, y/o insertar o hacer insertar declaraciones falsas en resoluciones, documentos, indicios o elementos de prueba de los procesos penales o disciplinarios, por sí o a través de otro, sin perjuicio del proceso penal que corresponda.
5. El incumplimiento doloso de plazos que dé lugar a la extinción de la acción penal, o la preclusión, deserción o pérdida de recursos de apelación restringida o casación. En este caso se considerará la conveniencia y factibilidad del recurso para los fines del caso concreto conforme a las políticas de la institución.

6. Formular imputación o acusación formal a sabiendas que tienen como base prueba obtenida en violación a derechos fundamentales y/o garantías jurisdiccionales vulnerando la Constitución Política del Estado, Convenios, Tratados Internacionales y las leyes, o cuando los indicios o elementos de prueba sean notoriamente falsos.
7. Solicitar o recibir, directamente o por interpósita persona, para sí o para un tercero, dinero, dádivas o cualquier otra ventaja o aceptar ofrecimiento o promesa, para hacer, dejar de hacer o retardar un acto relativo a sus funciones, sin perjuicio del proceso penal que corresponda.
8. Aceptar o ejercer consignas, presiones o encargos que comprometan la objetividad y probidad en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio del proceso penal que corresponda.
9. Subordinación indebida respecto a alguna autoridad, persona, organización o entidad que comprometa la objetividad y probidad en el cumplimiento de sus funciones, que se manifieste por hechos notorios.
10. Permitir la intervención de otras personas ajenas a la institución en las funciones propias del fiscal, salvo convenio previo u autorización expresa de la autoridad jerárquica.
11. Hostigamiento o acoso sexual en el ámbito de la relación funcionaria o de prestación de servicios, que provoque un entorno objetivamente intimidatorio, hostil o humillante para la persona o las personas objeto de la misma.
12. Maltrato y/o denegación de acceso al servicio por motivos de discriminación fundada en razón de sexo, origen, raza, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, condición económica o social, orientación sexual, discapacidad u otras establecidas en la Constitución Política del Estado y las leyes, sin perjuicio del proceso penal que corresponda.

13. La comisión de tres faltas graves ejecutoriadas dentro del plazo de doce meses.

14. Retirar acusaciones presentadas o desistir de recursos planteados, sin la expresa autorización del superior jerárquico.

15. Revelar o publicitar hechos o datos conocidos en el ejercicio de sus funciones, que comprometa la investigación o sobre los que exista el deber de reserva.

16. Permitir que las o los servidores policiales en el ejercicio de sus funciones que realizan la acción directa, ejerzan cualquier acto de violencia, malos tratos o torturas, prohibidos por la Constitución Política del Estado, Convenios, Tratados Internacionales y las leyes en el ejercicio de sus funciones.

17. Contar con dos excusas declaradas ilegales durante doce meses.

18. Dictar resoluciones indebidas o insuficientemente fundadas, con el fin de perjudicar o beneficiar a una de las partes.

19. Devolver y/o apropiarse de manera irregular de vehículos, bienes inmuebles y otros bienes muebles secuestrados, incautados o decomisados, sin perjuicio del proceso penal que corresponda.

20. La inactividad injustificada de actos investigativos por 30 días o más.

### **2.3.5. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES**

#### **2.3.5.1. LOS PRINCIPIOS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES**

Los destinatarios últimos (beneficiarios) de los principios jurídicos de independencia y de imparcialidad de los jueces no son los jueces mismos, sino los ciudadanos y los justiciables. En consecuencia, la independencia y la imparcialidad se configuran principalmente como deberes de los jueces. Todos

los jueces tienen el deber de ser independientes y de ser imparciales cuando realizan actos jurisdiccionales. Esto es muy importante porque hay una acusada tendencia a eliminar el aspecto crítico de estos principios y a reducir sus exigencias normativas a las garantías destinadas a hacer posible y/o facilitar el cumplimiento de esos deberes.

El principio de independencia no es reducible jamás a las prohibiciones de asociación, a la inamovilidad, a la remuneración suficiente, al autogobierno de los jueces, al respeto por parte de otros poderes o agentes sociales, etc.; como tampoco el principio de imparcialidad es reducible al no parentesco, la no enemistad o el no interés en el objeto de litigio. Un juez no es independiente simplemente porque esté bien remunerado o sea inamovible, como tampoco es imparcial por el mero hecho de no sea recusable. Estas reducciones acaban transformando los deberes de independencia y de imparcialidad en una suerte de estatus o privilegio.

En consecuencia, una correcta interpretación de los principios de independencia e imparcialidad de los jueces tiene que partir de la imputación de un deber de independencia y un deber de imparcialidad a todos y cada uno de los jueces cuando realizan actos jurisdiccionales<sup>9</sup>.

### **2.3.5.2. LOS DEBERES DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES**

---

<sup>9</sup> Un ejemplo de postura inadecuada en el análisis de estos principios es el siguiente: “La independencia judicial constituye, hoy en día, un postulado constitucional (Art. 117.1 CE) que tiene por objeto garantizar la plena libertad de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, estando sometidos únicamente al imperio de la ley [...] la independencia judicial supone la posibilidad de decidir los casos particulares según conciencia [...]” en Picó i Junoy, Joan: *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 30 y ss. En el primer trabajo citado en la nota uno, critico dos grandes deformaciones de la idea de independencia judicial. La primera de estas deformaciones es concebir la independencia como autonomía, como libertad.

¿En qué consisten los referidos deberes de los jueces? En mi opinión, conforman la peculiar forma de cumplimiento del Derecho que el Derecho exige a los jueces. Independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho (actúa conforme al deber, en correspondencia con el deber, su conducta se adapta a lo prescrito) y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra (motivado, movido por el deber). Por decirlo de manera breve, en el ideal del Estado de Derecho de un juez independiente e imparcial hay algo muy parecido a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del Derecho: que la explicación y la justificación de la conducta coincidan.

El ideal de un juez independiente e imparcial designa a un juez que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber. El cumplimiento del deber es tanto la explicación como la justificación de las decisiones que toma. O dicho de otra forma, en el ideal de un juez independiente e imparcial los motivos por los que el juez decide (la explicación de la decisión) coinciden con la motivación (la justificación) de la decisión.

### **2.3.5.3. EL SENTIDO DE LOS DEBERES DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES**

Así entendidos, como generadores de deberes para los jueces, los principios de independencia y de imparcialidad de los jueces tratan de proteger dos cosas diferentes. Por un lado, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y sólo desde el Derecho (la legalidad de la decisión). Los deberes de independencia e imparcialidad son, en este sentido, los correlatos del derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (y sólo desde el Derecho). Pero, por otro lado, tratan de proteger también la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas (la credibilidad de la decisión).

Las limitaciones al derecho de asociación de los jueces, los regímenes de incompatibilidades, las causas de abstención y recusación no deben verse sólo –ni tal vez fundamentalmente– como juicios previos de inclinación a la prevaricación, sino más bien como intentos de salvaguardar la credibilidad de las razones jurídicas. Sobre ello volveré enseguida.

### **2.3.6. LA IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES**

#### **2.3.6.1. DIFERENCIA DEL DEBER DE INDEPENDENCIA Y DEL DEBER DE IMPARCIALIDAD**

Como se ha visto, la independencia y la imparcialidad responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Y para ello pretenden controlar los móviles (los motivos) por los cuales el juez decide. ¿En qué se diferencian, pues? La independencia, el deber de independencia, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde fuera del proceso jurisdiccional, es decir, provenientes del sistema social en general. Por tanto, el juez debe ser independiente frente a otros jueces, frente a otros poderes del Estado, frente a la prensa, frente a organizaciones sociales, frente a la Iglesia, etc.

La imparcialidad, el deber de imparcialidad, por el contrario, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde dentro del propio proceso jurisdiccional. En este sentido, el deber de imparcialidad puede definirse como un deber de independencia frente a las partes en conflicto y/o frente al objeto de litigio.

Un juez debe ser independiente respecto del sistema social (no debe someterse –estar sujeto– a personas ni debe cumplir funciones de

representación) y debe ser imparcial (es decir, independiente) respecto de las partes en conflicto y/o el objeto del litigio<sup>10</sup>.

### **2.3.6.2. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD, LA ABSTENCIÓN Y LA RECUSACIÓN**

Analicemos brevemente las instituciones de la abstención y de la recusación. El sentido inmediato de estas dos instituciones procesales parece claro: preservar la legalidad de las decisiones judiciales; evitar que la presencia en el juez de motivos para decidir provenientes del proceso y extraños al Derecho puedan llevarle a desviarse de la legalidad en la toma de sus decisiones. Obviamente ello es así, pero no agota el análisis de estas dos instituciones porque, en mi opinión, no constituye el núcleo central de las mismas. Bien mirado, no tiene mucho sentido pensar que el juez que se abstiene está diciendo algo así como que si juzgara, dadas las circunstancias, se le podría debilitar tanto la voluntad que podría llegar a prevaricar o que se le podría nublar de tal forma el entendimiento que no llegaría a discernir cuál era la solución correcta del caso.

---

<sup>10</sup> *Dada la peculiar posición del juez dentro del orden jurídico, que implica que el juez debe resolver los casos con sujeción sólo a normas (independencia) y sin intereses en el proceso (imparcialidad), las exigencias derivadas de ambos principios tienden a confundirse. Sin embargo, una buena manera de mostrar la separación entre ambos principios es darse cuenta de que el deber de independencia puede regir sin que lo haga el de imparcialidad; o, dicho de otra manera, que la independencia como deber es compatible con la parcialidad. Ese es, por ejemplo, el caso de los abogados. Así, por ejemplo, en el preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española puede leerse: “La independencia del Abogado resulta tan necesaria como la imparcialidad del juez, dentro de un Estado de Derecho”. Reproduzco a continuación algunos incisos del Artículo 2 del referido Código relativo a la independencia: “1. La independencia del Abogado es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, por lo que para el Abogado constituye un derecho y un deber. 2. Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, el Abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios y ajenos. 3. El abogado deberá preservar su independencia frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colaboradores [...]”.*

Lo mismo puede decirse respecto del juez que admite la recusación de un compañero: no parece tener mucho sentido interpretar la aceptación de una recusación como un juicio previo (o prejuicio) de inclinación a la prevaricación o a la incapacitación para la formación correcta del juicio. Si pensáramos que esa es la interpretación correcta de estas instituciones no cabe duda de que realmente resultaría muy duro abstenerse o admitir una recusación. En mi opinión, las cosas se ven mucho más claras si estas instituciones se interpretan de una manera menos inmediata y no redundante con la exigencia de legalidad de las decisiones jurisdiccionales.

En efecto, la abstención y la recusación protegen no sólo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión), sino también y fundamentalmente la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Lo que, en realidad, reconoce el juez que se abstiene (o el que admite una recusación) es que si no lo hiciera su decisión podría ser vista como motivada por razones distintas a las suministradas por el Derecho y, por tanto, la decisión podría perder su valor.

La decisión podría interpretarse a partir de razones con un potencial explicativo tan alto como el parentesco o el interés en el proceso y, en consecuencia, resultar deslegitimada. La decisión, al contar con una explicación verosímil distinta del simple cumplimiento del deber por parte del juez, podría perder su autoridad. Este aspecto de actuar en defensa de la credibilidad de las razones y las decisiones judiciales no es marginal ni meramente secundario, es consustancial a la abstención y a la recusación<sup>11</sup>. Y ello es así porque nada hay más distorsionador para el buen funcionamiento del Estado de Derecho que el que las decisiones judiciales se interpreten (o puedan ser interpretadas)

---

<sup>11</sup> “*En materia de justicia incluso las apariencias tienen importancia...*”. Sobre ello véase Plácido Fernández- Viagas Bartolomé: *El juez imparcial*, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 136 y ss.

como motivadas por razones extrañas al Derecho; y que las argumentaciones que tratan de justificarlas se vean como meras racionalizaciones<sup>12</sup>.

### **2.3.6.3. DEBER DE IMPARCIALIDAD, DECISIONES, MOTIVOS Y CRÍTICAS**

Conforme a la caracterización que se ha hecho hasta ahora, el análisis del deber de imparcialidad exige distinguir entre los “motivos para decidir” y “el contenido de las decisiones”, entre otras cosas, porque ello permitirá separar dos tipos de críticas distintas que cabe dirigir contra las decisiones judiciales. El deber de imparcialidad, en su vertiente negativa, prohíbe al juez decidir (actuar) por motivos incorrectos y, en su vertiente positiva, le obliga a hacerlo por motivos correctos. Más adelante trataré de mostrar las implicaciones que se derivan de esto.

Por el momento repárese en lo siguiente. Una decisión judicial de contenido correcto (aplicación correcta de la ley) pero tomada por motivos incorrectos resulta, en términos normativos, inaceptable, inasumible. Por ejemplo, si un juez decide conforme a la ley porque la ley favorece sus intereses en el proceso o a la parte de la que él es partidario, el resultado es que esa decisión no es legítima, no conforma una autoridad legítima en ningún sentido de la expresión.

El acierto en la aplicación de la ley no convalida la incorrección de los motivos, no convierte en autoridad legítima a quien no reúne las condiciones necesarias

---

<sup>12</sup> Si todo lo anterior es acertado entonces creo que hay razones para estar en desacuerdo con la que me parece que es la doctrina jurisprudencial dominante a propósito de las causas de abstención y de recusación; la que afirma que se trata de causas tasadas y que, por tanto, considera que debe excluirse la aceptación de otras posibles causas. No es este el lugar apropiado para detenerse en extenso en ello, pero me parece que lo que hace esa línea jurisprudencial no es más que confundir el principio jurídico de la imparcialidad con las reglas jurídicas de la imparcialidad. En realidad, el principio de imparcialidad es la razón (justificativa) por la que se han establecido las reglas, es decir, las causas de abstención y recusación; y precisamente por ello, el principio no puede quedar reducido a esas reglas.

para serlo. Por el contrario, en términos normativos, el error en la aplicación de la ley no contamina la corrección de los motivos por los cuales el juez actuó.

El siguiente cuadro muestra todas las combinaciones posibles en los juicios de corrección/incorrección de “los motivos para decidir” y de “el contenido de la decisión”; así como las reacciones congruentes del aceptante del Derecho y del escéptico hacia el Derecho. Todo ello se explica a continuación.

CASO. TIPO DE JUEZ	MOTIVOS PARA DECIDIR	CONTENIDO DE LA DECISIÓN. APLICACIÓN DE LA LEY	ACEPTANTE. ACTITUD CRÍTICA INTERNA	ESCÉPTICO. ACTITUD CRÍTICA EXTERNA
A. El imparcial acertado (correcto-correcto)	Correctos	Correcta	Aceptación de la decisión.	No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección.
B. El imparcial equivocado (correcto-incorrecto)	Correctos	Incorrecta	Acatamiento sin aceptación. Crítica interna al contenido de la decisión.	No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección.
C. El parcial-legal (incorrecto-correcto)	Incorrectos	Correcta	Deslegitimación de la decisión.  No ha lugar a la aceptación de la decisión dada la simulación de	No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección.
D. El parcial-illegal (incorrecto-incorrecto)	Incorrectos	Incorrecta	Deslegitimación de la decisión.  No ha lugar a la crítica interna del contenido de la decisión.	No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección.

Ref: Elaboración propia.

### 2.3.7. IMPARCIALIDAD Y APLICACIÓN DE LA LEY

El ideal de un juez independiente e imparcial es el de un juez que aplica el Derecho y que lo hace por los motivos que el Derecho le suministra. Por ello, el análisis de estos principios exige la distinción entre “el contenido de la decisión” y “los motivos de la decisión”. En realidad, esta distinción es paralela a la que “desde siempre” han manejado los procesalistas y que distingue entre

lo que llaman “las garantías objetivas” y “las garantías subjetivas” de la jurisdicción o de la administración de justicia. La garantía objetiva central es el principio de legalidad, la legalidad de la decisión. En nuestra terminología, la aplicación correcta de la ley. La garantía subjetiva central son los principios de independencia e imparcialidad, que la decisión la tome un juez independiente e imparcial. En nuestra terminología, un juez que decide por los motivos correctos, los que le suministra el Derecho.

Lo anterior puede ser aceptado por todo el mundo, puede constituir un lugar común para todos aquellos que adoptan una actitud no escéptica frente al Derecho y su capacidad de guiar las conductas de los individuos y de suministrar razones para decidir. Pero para continuar el análisis hay que abandonar, me parece, el terreno de los lugares comunes para adentrarse en las diferentes concepciones sobre el Derecho y su aplicación.

En particular, aquí voy a referirme a las tres siguientes concepciones no escépticas: el formalismo legalista, el positivismo normativista y el post-positivismo (constitucionalismo) principialista<sup>13</sup>. Son tres concepciones del Derecho (y de su aplicación) que proyectan tres imágenes diferentes de la imparcialidad.

### **2.3.8. EL FORMALISMO LEGALISTA**

Para el formalismo legalista, el Derecho viene a coincidir esencialmente con la ley. El principio de legalidad y/o el imperio de la ley interpretados en su sentido formal constituyen su gran bandera ideológica, son el componente civilizatorio máximo del Derecho. Todo el formalismo legalista bebe del modelo del “Gobierno de las leyes” frente al -en su opinión- vetusto modelo del “Gobierno

---

<sup>13</sup> *Me he ocupado de la oposición entre el paradigma positivista y el post-positivista en el Cap. I de Aguiló Regla, Josep: Sobre Derecho y argumentación, Ed. Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, 2008.*

de los hombres”. Sólo las decisiones estrictamente sub lege son decisiones legítimas. Ahora bien, este aspecto ideológico es un componente necesario del formalismo legalista, pero no es suficiente para su caracterización. Hay que añadir otras dos tesis centrales:

- a) el Derecho es completo, es decir, da una solución para cada caso; y
- b) el Derecho es cerrado, está perfectamente separado de su ambiente (de los otros sistemas normativos).

Estas dos tesis del formalismo determinan completamente su concepción de la aplicación del Derecho y, en consecuencia, de la imparcialidad. Si en el Derecho (en la ley) hay una solución para cada caso, la tarea del juez consiste en encontrarla, hallarla.

El razonamiento jurídico es exclusivamente subsuntivo y la tarea del juez es de naturaleza esencialmente técnica, teórica y/o cognoscitiva (y, en este sentido, valorativa). Ello es así porque, entre otras cosas, al ser (estar) cerrado, el Derecho no se abre nunca a la deliberación práctica general, a la razón práctica. En definitiva, para esta concepción aplicar el Derecho consiste en resolver un problema teórico, no en decidir una cuestión práctica. Es lo más parecido a un problema de cálculo: al igual que ocurre con las sumas o las ecuaciones, los problemas jurídicos no se deciden, se resuelven.

Conforme con estos planteamientos, el formalismo legalista viene a reducir la imparcialidad del juez a la neutralidad en la aplicación de la ley (aplicación neutral de la ley)<sup>14</sup>.

### **2.3.9. EL POSITIVISMO NORMATIVISTA**

---

<sup>14</sup> *El último epígrafe de este trabajo está dedicado a distinguir entre imparcialidad y neutralidad.*

El positivismo normativista<sup>15</sup> comparte con el formalismo legalista la idea de que la mayor parte de las funciones civilizatorias que el Derecho puede cumplir están vinculadas con la idea de normas claras y precisas. Todas las funciones de certeza, de estabilización de expectativas, están vinculadas a la noción de regla jurídica. El positivismo normativista comparte, pues, con el formalismo el ideal “del gobierno de las leyes” (en el sentido de reglas). Ahora bien, se diferencia de éste en dos aspectos esenciales. El primero de estos aspectos es la idea de complejidad del Derecho. El Derecho es un fenómeno social muy complejo de naturaleza convencional. En el Derecho todo es convención, pero no todo responde a estructuras formales.

El segundo aspecto es que, si bien el Derecho es limitado (esto es, acaba donde acaba la convención), también lo es que está (necesariamente) abierto en el sentido de que no da (y no es posible que dé) una solución para cada caso (piénsese, por ejemplo, en la tesis de la textura abierta del lenguaje de las reglas). En este sentido, el positivismo normativista viene a representar un legalismo que ha asumido las críticas que la filosofía analítica de los lenguajes naturales ha dirigido a propósito de las posibilidades (y/o las dificultades) de la comunicación.

## **2.4. MARCO CONCEPTUAL**

### **2.4.1. RESPONSABILIDAD**

La responsabilidad es un concepto legal y moral. Es una obligación inseparable del ejercicio de toda función pública y privada. Hay tres clases de responsabilidad: civil, penal y administrativa. La primera deriva del principio general de Derecho de que todo aquel que causa un daño a otro está obligado a repararlo. La responsabilidad penal es consecuencia de la comisión de

---

<sup>15</sup> *Herbert Hart es el autor más representativo de esta concepción del Derecho. Véase H.L.A. Hart: El concepto de Derecho (trad. de G.R. Carrió), Editora Nacional, México, 1980*

delitos tipificados en el Código Penal, y se manifiesta en la aplicación de las sanciones previstas en el mismo Código y en leyes conexas. La responsabilidad administrativa sobreviene por faltas cometidas en el desempeño del trabajo según las leyes y reglamentos respectivos.<sup>16</sup>

#### **2.4.2. RESPONSABILIDAD POR LA FUNCIÓN PÚBLICA**

Es una aptitud e idoneidad para responder por los actos u omisiones en el ejercicio de la función pública.<sup>17</sup>

#### **2.4.3. RESPONSABILIDAD PENAL**

Es cuando la acción u omisión del servidor público o de los particulares se encuentra tipificada como delito en el Código Penal.<sup>18</sup>

#### **2.4.4. DELITO**

Es toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal. Para que ésta se considere tal, debe contener una norma y una sanción en el código Penal.<sup>19</sup>

#### **2.4.5. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**

---

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ R, María Luisa en "Minorías, Acción Pública, Institucionalidad y Democracia Deliberativa".- Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 43 y 44.

<sup>17</sup> MELGUIZO, G. Esbozo sobre la detención preventiva en Colombia, en: Revista de la comisión Internacional de juristas, vol. Núm. 2, 1961.

<sup>18</sup> ORTEGA, S. ALEJANDRO. Código de Procedimiento Penal. Ed. Bolivia Dos Mil, La Paz – Bolivia. 1990.

<sup>19</sup> ORTEGA, S. ALEJANDRO. Código de Procedimiento Penal. Ed. Bolivia Dos Mil, La Paz – Bolivia. 1990.

Es cuando el servidor público en el ejercicio de sus funciones incurre en una acción u omisión que contraviene el ordenamiento jurídico **administrativo** y las normas que regulan la conducta funcionaria del servidor público, por tanto, es de naturaleza exclusivamente disciplinaria<sup>20</sup>.

*ARTICULO 184 LEY N°025 I “Las o los Vocales, Juezas, Jueces y las o los servidores de apoyo judicial son responsables disciplinariamente por el desempeño de sus funciones.*

*ARTICULO 114 de la Ley N°260” La o el Fiscal responderá por los resultados emergentes del desempeño de sus funciones”*

#### **2.4.6. FALTA DISCIPLINARIA**

Se entiende como falta disciplinaria, toda acción u omisión en la que, en el ejercicio de sus funciones incurra una o un Fiscal y que se encuentre prevista y sancionada en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

#### **2.4.7. DETENCIÓN PREVENTIVA**

La detención preventiva, dentro un proceso penal, es una medida cautelar de carácter personal que llega a restringir de manera temporal y excepcional la libertad ambulatoria y de locomoción de una persona, con la única finalidad de garantizar la efectividad de un proceso penal y la ejecución de la sentencia.<sup>21</sup>

En este sentido la detención preventiva se encontraría dentro de los mecanismos legítimos que se adoptan a través de resoluciones judiciales

---

<sup>20</sup> MARTINEZ RAVE, GILBERTO. *La responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Segunda Edición. Medellín – 1984.*

<sup>21</sup> ORTEGA, S. ALEJANDRO. *Código de Procedimiento Penal. Ed. Bolivia Dos Mil, La Paz – Bolivia. 1990.*

fundamentadas, que llegan a restringir ciertos derechos fundamentales. Por otro lado, el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, indica que se debe entender por prisión o detención preventiva “todo el periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a una sentencia firme”.

La sentencia Constitucional N.º 012/2006-R del 4 de enero de 2006 establece *que, toda restricción al derecho a la libertad deberá ser en medida de lo necesario, con la única finalidad de llegar a la consecución de los fines constitucionalmente justificados. Asimismo, la detención preventiva en el Código de Procedimiento Penal boliviano se encuentra señalada a través de un criterio de potestad reglada, mencionando en el Artículo 232*

#### **2.4.8. INJUSTO**

Lo injusto es la falta o ausencia de justicia, de bien común y de equilibrio, en referencia a un suceso, a un acto o a una situación de hecho (statu quo). La injusticia puede formar parte de un grupo social y también de sujetos individuales<sup>22</sup>

#### **2.4.9. ARBITRARIO**

es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado solo por la voluntad o capricho de su autor, sin un razonamiento suficiente y sin explicación bastante de las razones que se basa o careciendo estas de cualquier fundamento serio (diccionario panhispánico del español jurídico)

---

<sup>22</sup> HERRERA ÁÑEZ, WILLIAM: *DERECHO PROCESAL PENAL (El nuevo proceso penal)*, Ed. Universitaria, Santa Cruz de la Sierra-Bolivia, 1999.

La palabra **arbitrariedad** la empleamos con muchísima frecuencia cuando queremos indicar que alguien ha actuado o actúa de manera opuesta a la justicia, es decir, con injusticia, atentando contra la razón o bien contra las **leyes** vigentes y totalmente dominada por su voluntad o bien por su capricho.

#### **2.4.10. DISCRECIONAL**

Es, tal y como indica el diccionario, la cualidad de discrecional, es decir, la actuación de algo o alguien sin la influencia de una norma o regla. En otros términos, aquella decisión que no obedece a una normativa concreta sino que se basa en el criterio individual de alguien.

La idea de discrecionalidad tiene cierta semejanza con otra, arbitrariedad. No obstante, son términos que no deben confundirse. Arbitrariedad es sinónimo de injusticia y alguien toma una decisión arbitraria cuando incumple un criterio externo<sup>23</sup> (por ejemplo, una norma que sea de obligado cumplimiento).

En el ámbito del derecho, los jueces tienen la facultad de aplicar la prisión preventiva en algunas situaciones, una circunstancia que se realiza discrecionalmente. Como es lógico, la discrecionalidad de este tipo de medida es bastante polémica y los juristas debaten sobre ello, pues se corre el riesgo de cometer una injusticia o un abuso de autoridad.

### **2.5. MARCO JURÍDICO**

Después de la vida, la libertad personal es uno de los bienes más preciados del ser humano. Esto explica por qué todos los sistemas jurídicos del mundo

---

<sup>23</sup> *HERRERA ÁÑEZ, WILLIAM: DERECHO PROCESAL PENAL (El nuevo proceso penal), Ed. Universitaria, Santa Cruz de la Sierra-Bolivia, 1999.*

se esfuerzan por rodearla de toda una serie de garantías fundamentales encaminadas a su protección.

Sin embargo, en nuestro país se ha podido evidenciar que la libertad personal si bien está consagrada como un derecho inviolable, la misma continúa siendo vulnerada de manera injusta, puesto que algunas autoridades judiciales, como fiscales, contribuyen a que se produzcan tales injusticias, tal como se verá en el desarrollo de esta primera parte, donde además se analizará la legislación internacional y Nacional.

### **2.5.1. PRINCIPALES DOCUMENTOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR EL ESTADO BOLIVIANO.**

Por Decreto Supremo N° 18950, de 17 de mayo de 1982 se dispone la adhesión de la República de Bolivia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus 53 artículos y al Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus 14 artículos.

Por otro lado, nuestro país es parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica desde el 19 de julio de 1979, instrumento ratificado por Ley de la República N° 1430 de 11 de febrero de 1993 y reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte el 27 de julio de 1993.

De esta manera Bolivia incorpora los alcances del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y de la Convención interamericana (Pacto de San José de Costa Rica) a la normativa interna, cuyos ejes rectores deben orientar la aplicación del régimen de la detención preventiva, debido a que las garantías se manifiestan y objetivizan no sólo a los efectos del juicio sino a lo largo de todo el proceso. Ambos instrumentos internacionales fueron aprobados por el

Legislativo, de conformidad al artículo 52, atribución 12, de la Constitución Política del Estado, ahora abrogada.

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

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 9 num. 5) señala: *“Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”*; y, Pacto de San José de Costa Rica, que en el artículo 10 establece: *“Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”*. Estos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos han sido ratificados por nuestro país y forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

Este documento internacional sobre derechos humanos, por el art. 9 num. 1) señala que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal; igualmente, dispone que nadie puede ser detenido o privado de libertad en forma arbitraria, salvo en los casos establecidos por la ley.

El mismo artículo por los numerales 3 y 4, establece que la detención preventiva no debe ser la regla general, pero que su libertad puede ser subordinada a garantías que aseguren la presencia del acusado en el juicio o en cualquier momento de las diligencias procesales; asimismo, establece que toda persona privada de libertad tiene el derecho a recurrir ante un tribunal, para que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad o ilegalidad de su detención, como se observa a continuación:

*“Artículo 9.-1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal es. 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.*

*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.*

*4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.”*

Por tanto, de la lectura del Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se puede deducir que se trata de los mismos derechos y garantías de primera generación establecidos en nuestra Constitución Política del Estado, los mismos que han sido analizados líneas arriba.

Sin embargo, se puede apreciar algo muy destacable en el numeral 3 de dicho artículo, cuando señala que: “la detención preventiva no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías...”, lo que quiere decir que la detención preventiva debe ser aplicada de manera excepcional, para tal efecto debe buscarse medidas alternativas que permitan asegurar la presencia del imputado o acusado en el proceso penal.

En mi opinión, considero muy importante esta posibilidad de buscar otras medidas alternativas a la detención preventiva, ya que de esta manera el

imputado o acusado puede asumir defensa en plena libertad, puesto que no se debe olvidar que la privación de libertad durante el proceso penal sólo tiene una finalidad netamente procesal y no punitiva.

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

El art. 7 numerales 1, 2, 3, 5 y 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal, y que sólo puede ser privada de su libertad por causas fijadas en las constituciones y leyes internas de los Estados Partes; además, señala que nadie puede ser detenido de forma arbitraria, permitiéndole para el caso el derecho a recurrir ante un tribunal competente cuando su arresto o detención fueran ilegales.

Igualmente, establece que toda persona detenida debe ser llevada ante la autoridad competente sin demora, teniendo el derecho a ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe en el proceso. Tal como se puede apreciar de la transcripción textual de las partes pertinentes:

*“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. -1. Toda persona tiene el 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.*

*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.*

Por tanto, de la lectura del art. 7 y numerales anteriormente señalados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), se puede deducir que se refieren a los mismos derechos y garantías ya analizados líneas arriba, tanto en la Constitución Política del Estado como en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

## **2.5.2. LEGISLACIÓN NACIONAL RELACIONADA CON LA DETENCIÓN PREVENTIVA.**

### **2.5.2.1. NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.**

Por el artículo 22 de la Nueva constitución Política del Estado, la libertad y la dignidad son inviolables, cuyo deber primordial del Estado es respetarlas y protegerlas, tal como se advierte:

*“Artículo 22. La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.”<sup>24</sup>*

Por otra parte, la norma suprema en su artículo 23 parágrafos I), III), IV) y V), establece que: a) toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal, misma que sólo puede ser restringida de acuerdo a los límites señalados por ley; b) nadie puede ser detenido, aprehendido o privado de libertad, salvo en los casos establecidos por ley; c) toda persona que sea encontrada en delito flagrante puede ser detenida por cualquier persona, aún

---

<sup>24</sup>BOLIVIA, Nueva Constitución Política del Estado

sin mandamiento; y d) toda persona en el momento de su privación de libertad debe ser informada de los motivos de su detención. Tal como se puede ver:

*“Artículo 23. I. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. La libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica en la actuación de las instancias jurisdiccionales.*

*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.*

*IV. Toda persona que sea encontrada en delito flagrante podrá ser aprehendida por cualquier otra persona, aun sin mandamiento. El único objeto de la aprehensión será su conducción ante autoridad judicial competente, quien deberá resolver su situación jurídica en el plazo máximo de veinticuatro horas.*

*V. En el momento en que una persona sea privada de su libertad, será informada de los motivos por los que se procede a su detención, así como de la denuncia o querrela formulada en su contra.”<sup>25</sup>*

Como se puede evidenciar, la libertad física como derecho fundamental primario está reconocido expresamente por nuestra Constitución Política del Estado, si bien la libertad no es un derecho absoluto en su ejercicio, ésta no puede ser restringida ni suprimida sino únicamente según las formalidades establecidas por ley, es decir, se requiere para su ejecución un mandamiento que emane de autoridad competente.

---

<sup>25</sup>BOLIVIA, Constitución citada

Por otra parte, la Nueva Constitución Política del Estado, como una acción de defensa contra detenciones ilegales otorga en su artículo 125 la acción de libertad a toda persona que considere que su vida está en peligro, o que es ilegalmente perseguida, procesada o privada de libertad personal, tal como se advierte:

*“Artículo 125. Toda persona que considere que su vida está en peligro, que es legalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de libertad personal, podrá interponer Acción de Libertad y acudir, de manera oral o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará que se guarde tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituya su derecho a la libertad.”<sup>26</sup>*

En la Constitución abrogada esta garantía fundamental se denominaba “habeas corpus”, vale decir, que se ha cambiado simplemente el nombre, con la diferencia de que, esta Acción de Defensa no solo protege la libertad personal, sino que el ámbito de protección alcanza a la vida.

Sin embargo, pese a que la abrogada Constitución Política del Estado contenía bastantes garantías constitucionales (no tanto como la nueva Constitución), se ha podido advertir que algunas autoridades judiciales han aplicado de forma arbitraria la detención preventiva, contradiciendo y vulnerando los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Estado abrogada, tales como el derecho a la libertad de locomoción y el principio de inocencia.

Para sustentar esta afirmación pongo como ejemplo, una de las tantas sentencias constitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional que declara

---

<sup>26</sup><http://prensa.tribunalconstitucional.gov.bo/archives/77>

procedente un recurso de Hábeas Corpus por detención arbitraria, que en las partes pertinentes señala lo siguiente:

*“SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1629/2004-R....En consecuencia, el Juez recurrido no dio cumplimiento a lo dispuesto por el señalado art. 233 del CPP, ni consideró que el Fiscal en la audiencia cautelar solicitó se aplique a la imputada medida sustitutivas a la detención preventiva.*

*Por consiguiente, al haber obrado de propia voluntad disponiendo la detención preventiva de la recurrente, ha incurrido en detención indebida, vulnerando el art. 9 de la CPE. Por lo expuesto se concluye que el la Jueza de hábeas corpus, al haber declarado improcedente el recurso, no ha dado correcta aplicación a los alcances de las normas previstas por el art. 18 de la CPE.*

*POR TANTO: El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confieren los arts. 18. III y 120.7ª de la CPE y 7 inc. 8) y 93 de la LTC en revisión: 1º REVOCA la Resolución 404/2004 de 21 de agosto, cursante de fs. 53 a 55 pronunciada por la Jueza Segunda de Sentencia de La Paz. 2º Declara PROCEDENTE el recurso, disponiendo la libertad de la recurrente, debiendo el Juez Octavo de Instrucción en lo Penal dictar una nueva Resolución sobre las medidas cautelares a aplicarse, conforme los fundamentos expresados. Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.”<sup>27</sup>*

Como se puede observar en este ejemplo, el Tribunal Constitucional declara procedente el recurso de habeas corpus, en el sentido de que los recurridos habrían quebrantado los derechos y garantías de la recurrente, al haber infringido en una detención preventiva indebida vulnerando el Artículo 9 de la Constitución Política del Estado (abrogada), por lo que se demuestra con

---

<sup>27</sup>la S.C.1629/2004-R

claridad este tipo de arbitrariedades cometidas por los jueces instructores, dentro del ejercicio de sus funciones como administradores de justicia.

#### **2.5.2.2. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO**

La Nueva Constitución Política del Estado ha consagrado en su artículo 113, párrafo I), al señalar que: *“la vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación de daños y perjuicios en forma oportuna”*.

Dicho precepto constitucional, como se puede ver, garantiza el derecho a indemnización de forma amplia y general; vale decir que, ampara todos los derechos reconocidos por nuestra Constitución.

*Artículo 74.*

*I. Es responsabilidad del Estado la reinserción social de las personas privadas de libertad, velar por el respeto de sus derechos, y su retención y custodia en un ambiente adecuado, de acuerdo a la clasificación, naturaleza y gravedad del delito, así como la edad y el sexo de las personas retenidas.*

*II. Las personas privadas de libertad tendrán la oportunidad de trabajar y estudiar en los centros penitenciarios.*

*Artículo 195.*

*Son atribuciones del Consejo de la Magistratura de Justicia, además de las establecidas en la Constitución y en la ley:*

*2. Ejercer el control disciplinario de las vocales y los vocales, juezas y jueces; y personal auxiliar y administrativo del Órgano Judicial. El ejercicio de esta facultad comprenderá la posibilidad de cesación del*

*cargo por faltas disciplinarias gravísimas, expresamente establecidas en la ley.*

### **2.5.2.3. LEY DEL ÓRGANO JUDICIAL LEY N.º 025**

*Artículo 8. (RESPONSABILIDAD). Todas las autoridades, servidoras y servidores del Órgano Judicial son responsables de sus decisiones y actos.*

*Artículo 9. (RÉGIMEN DISCIPLINARIO). Las servidoras y servidores de las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y especializadas están sujetas al régimen disciplinario establecido en esta Ley. Su ejercicio es responsabilidad del Consejo de la Magistratura.*

*Artículo 185. (FALTAS DISCIPLINARIAS).*

*Las faltas disciplinarias se clasifican en:*

- 1. Art. 186 Faltas Leves*
- 2. Art. 187 Faltas Graves; y*
- 3. Art. 188 Faltas Gravísimas.*

### **2.5.2.4. LEY DEL MINISTERIO PUBLICO LEY N° 260**

*Artículo 114 (RESPONSABILIDAD) La o el Fiscal responderá por los resultados emergentes del desempeño de sus funciones. La responsabilidad disciplinaria es independiente de la responsabilidad civil y penal).*

*Artículo 115 (ÁMBITO DE APLICACIÓN) El Régimen disciplinario se aplica a todas y todos los Fiscales en caso de faltas graves y muy graves; excepto a la Fiscal General del Estado.*

*Artículo 118 (CLASIFICACIÓN) Las faltas Disciplinarias se clasifican en:*

1. *Faltas Leves.*
2. *Faltas Graves.*
3. *Faltas muy Graves.*

En lo que respecta a artículos señalados de las normas en cuestión no identifican la responsabilidad disciplinaria del juez, ni del fiscal, por el perjuicio de una decisión injusta y arbitraria de un juez a petición de un fiscal como la detención preventiva, por lo que a criterio de la suscrita abogada debe ser objeto de sanción penal por lo cual hay un gran vacío legal, si bien la Ley de Organización Judicial y la ley del Ministerio Público identifica faltas disciplinarias, leves, graves y gravísimas, no se sanciona al juez ni del fiscal por una detención preventiva injusta, toda vez que el régimen disciplinario según la jurisprudencia disciplinaria “bajo el principio de independencia judicial no puede manifestarse sobre criterios vertidos por autoridades jurisdiccional”, por lo que existe la necesidad de una ley específica que responsabilice penalmente el actuar injusto de ambos operadores de justicia.

#### **2.5.2.5. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

En nuestra legislación penal se encuentra establecido de forma insuficiente, toda vez que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 274 prescribe lo siguiente: ***“Cuando a causa de revisión de sentencia, por error judicial, el condenado sea absuelto... éste o sus herederos serán indemnizados en razón del tiempo de privación de libertad...”***. Es decir, que la referida ley adjetiva penal, establece que la indemnización procede sólo cuando el condenado es absuelto después de una revisión de sentencia y no así en los casos donde el imputado es privado de libertad y luego sobreseído.

Si bien la normativa penal exige una indemnización, pero no identifica el daño causado por la autoridad competente en este caso el Juez a petición del Fiscal

o ministerio público lo cual los llenan de responsabilidad y que tendría que existir un régimen disciplinario exclusivamente dirigido a jueces y fiscales.

Éste vacío jurídico que existe en nuestro país sobre la responsabilidad penal para los jueces y fiscales por haber obrado mal en su determinación de la privación de libertad injusta, está provocando que se vulneren derechos y garantías constitucionales de personas inocentes, tales como la dignidad, la libertad personal, el principio de inocencia y el debido proceso; es más, las víctimas de éstos hechos, luego de sufrir la vulneración de los referidos derechos y garantías constitucionales, no son indemnizadas por los daños y perjuicios causados, debido precisamente a la insuficiencia del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, que no establece la indemnización en éstos casos.

Los daños y perjuicios causados al imputado por la injusta privación de libertad, son los mismos que sufre el condenado absuelto por error judicial y consisten en: a) el daño material, ya que el imputado al estar sujeto a una detención preventiva no puede dedicarse a su actividad laboral que constituye la base de su sustento y el de su familia; b) el daño moral, que se manifiesta en la afección a sus sentimientos, su dignidad, su reputación, su crédito y prestigio; vale decir, a los denominados derechos de la personalidad; c) el daño psicológico, que se refiere al sufrimiento psíquico, una posible limitación para el trabajo, alguna molestia en la sociedad y un dolor moral al encontrar que no recobra del todo la condición con que contaba con anterioridad a la vulneración de sus derechos; y, d) el daño social, que se refiere a la deshonra que sufre la persona que ha sido injustamente privada de libertad.

#### **2.5.2.6. CÓDIGO CIVIL**

El Código Civil, con relación a la inviolabilidad de los derechos de la personalidad, en su artículo 23 señala que: *“Los derechos de la personalidad*

*son inviolables y cualquier hecho contra ellos confiere al damnificado la facultad de demandar el cese de ese hecho, a parte del resarcimiento por el daño material y moral*"; asimismo, respecto a la obligación del resarcimiento, en su artículo 984 establece: *"Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento"*. Como se advierte, ambos preceptos establecen de forma clara y precisa que toda persona está obligada a resarcir el daño material o moral, cuando ocasione a alguien un daño o vulnere los derechos de la personalidad.

En síntesis, se puede decir que los motivos principales por los que debe ser incorporado el *"derecho a indemnización"* por privación de libertad a favor del imputado sobreseído son los siguientes: en primer lugar, porque el *"derecho a indemnización"* se encuentra consagrado y garantizado por nuestra Constitución Política del Estado de manera amplia y general (Art. 113-I); en segundo lugar, porque el *"derecho a indemnización"* se encuentra reconocido como derecho humano en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Art. 9 núm. 5) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (Art. 10), documentos internacionales que han sido ratificados por nuestro país; y, en tercer lugar, porque el *"derecho a indemnización"* se halla establecido de manera insuficiente en el Código de Procedimiento Penal (Art. 274), es decir, que dicho precepto no tiene alcance a los casos donde el imputado ha sufrido privación de libertad y luego sobreseído.

### **2.5.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

El tema de la detención preventiva en el actual Código de Procedimiento Penal (Ley 1970), se encuentra en la Primera Parte, Libro Quinto, Título II, capítulo I, bajo el título de *"Medidas Cautelares de Carácter Personal"*, concretamente en los artículos 232 al 240.

Pero, antes de ingresar al análisis de dichos artículos, considero necesario referirme a los artículos 7 (Aplicación y medidas cautelares) y 221 (Finalidad y alcance de las medidas cautelares) del mismo Código, ya que tienen estrecha relación con el tema.

### **2.5.3.1. APLICACIÓN Y FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA**

El art. 7 del Código de Procedimiento Penal, establece que la aplicación de las medidas cautelares debe ser excepcional. También señala que, en caso de duda de la aplicación de una medida cautelar u otra restricción referente a los derechos del imputado, debe aplicarse lo más favorable a éste, como se puede apreciar:

*“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.”<sup>28</sup>*

Cabe aclarar que esta disposición tiene estrecha relación con la garantía de presunción de inocencia consagrada en el artículo 116 parágrafo I de la Nueva Constitución Política del Estado (art. 16 Constitución abrogada) concordante con el art. 6<sup>29</sup> del Código de Procedimiento Penal, estado que sólo puede ser destruido mediante sentencia condenatoria ejecutoriada.

Por lo señalado precedentemente, se deduce que la exigencia más importante, que obliga a que el imputado sea tratado como inocente, consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso

---

<sup>28</sup>BOLIVIA, Código de Procedimiento Penal (Ley 1970)

<sup>29</sup>Artículo 6.- (Presunción de inocencia). Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada.

penal, derecho fundamental que sólo debe ser restringido de manera excepcional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional mediante Sentencia Constitucional 0012/2006-R, ha establecido que: *“el principio de presunción de inocencia, como status básico del imputado, tiene una repercusión muy relevante en el principio general de que la detención preventiva se constituye en una excepción al principio de que el procesado se defiende en libertad, pues si se considera que el imputado goza de un estado de inocencia en el transcurso del proceso, la libertad debe ser la regla y la detención preventiva la excepción”*.

Por otro lado, el art. 221 del Código de Procedimiento Penal, señala en el primer párrafo con claridad la finalidad de la detención preventiva, en el sentido de que la libertad personal y los demás derechos y garantías sólo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley, todo ello en observancia de la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código. Tal como se puede advertir de la transcripción textual:

“Artículo 221.- (Finalidad y alcance). La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidas 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.”<sup>30</sup>

Por lo tanto, del análisis de los art. 7 y 221 del Código de Procedimiento Penal, se puede deducir que la libertad personal debe ser restringida de forma excepcional, cuya finalidad tiene un carácter procesal e instrumental y están dirigidas a lograr la eficacia de la coerción penal estatal, es decir, intenta asegurar con su aplicación la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso penal y el cumplimiento de la ley.

### **2.5.3.2. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.**

El art. 233 (Requisitos para la detención preventiva) del Código de Procedimiento Penal, señala dos requisitos para la procedencia de la detención preventiva: en **primer lugar**, debe existir elementos de convicción que sustenten la probable autoría o participación del imputado en un hecho punible; en **segundo lugar**, debe existir elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado no se someterá al proceso penal u obstaculizará la averiguación de la verdad. Tal como se puede observar en la transcripción textual:

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

---

<sup>30</sup>BOLIVIA, Código de Procedimiento Penal (Ley 1970).

1) *La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible; y,*

2) *La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.*<sup>31</sup>

Cabe mencionar que, en el primer párrafo del citado artículo se evidencia otros dos requisitos de mucha importancia que merecen ser tomados en cuenta, me refiero a la imputación formal y el pedido fundamentado del fiscal o querellante, requisitos, sin los cuales el Juez o Tribunal no puede ordenar la detención preventiva, porque si lo hace estaría actuando de manera oficiosa e ilegal. Es decir, si no se cumple estrictamente con dichos requisitos, ningún Juez o Tribunal puede ordenar la detención preventiva de nadie, porque hacerlo significaría actuar de forma arbitraria.

### **2.5.3.3. PELIGRO DE FUGA Y OBSTACULIZACIÓN.**

El Código de Procedimiento Penal por los artículos 234 (Peligro de fuga), 235 (Peligro de obstaculización), y 235 bis. (Peligro de reincidencia), señala otros requisitos que deben ser considerados por el Juez o Tribunal a momento de la aplicación de una medida cautelar personal, especialmente la detención preventiva.

El art. 234 (Peligro de fuga), señala las circunstancias por las que el Juez o Tribunal debe considerar la concurrencia del peligro de fuga, éstas son: a) que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país; b) la facilidad de abandonar el país o permanecer oculto; c) la evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios

---

<sup>31</sup>BOLIVIA, *Código de Procedimiento Penal (Ley 1970)*.

de fuga; y, d) el comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior. Tal como se evidencia:

*“Artículo 234.- (Modificado por la Ley N. 2494 de 4 de agosto de 2003). (Peligro de Fuga). Por peligro de fuga se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia.*

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

- 1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;*
- 2. Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;*
- 3. La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga;*
- 4. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo;*
- 5. La actitud que el imputado adopta voluntariamente respecto a la importancia del daño resarcible;*
- 6. El haber recibido condena privativa de libertad en primera instancia;*
- 7. Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener fundadamente que el imputado se encuentra en riesgo de fuga.”<sup>32</sup>*

---

<sup>32</sup>BOLIVIA, Código de Procedimiento Penal (Ley 1970).

Aquí, cabe hacer una observación en el núm. 7) cuando dice *“cualquier otra circunstancia debidamente acreditada”*. En mi opinión, por éste numeral el Juez o Tribunal tiene un amplio criterio para decidir sobre otras circunstancias, es decir, tienen la potestad de incluir otros aspectos que no se encuentran mencionados, lo que daría lugar a confusiones y problemas posteriores, como las detenciones arbitrarias e ilegales.

Por otro lado, el art. 235 (Peligro de obstaculización), establece varias circunstancias que determinan el peligro de obstaculización, que analizaré después de su transcripción textual:

*“Artículo 235.- (Modificado por la Ley N. 2494 de 4 de agosto de 2003). (Peligro de obstaculización) Por peligro de obstaculización se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado con su comportamiento entorpecerá la averiguación de la verdad.*

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

- 1) Que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;*
- 2) Que el imputado influirá negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos a objeto de que informen falsamente o se comporten de manera reticente;*
- 3) Que el imputado influirá ilegal o ilegítimamente en jueces, jueces ciudadanos, fiscales y/o en los funcionarios o empleados del sistema de administración de justicia;*
- 4) Que el imputado inducirá a otros a realizar las acciones descritas en los numerales 1), 2) y 3) de este artículo;*

*5) Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener fundadamente que el imputado, directa o indirectamente, obstaculizará la averiguación de la verdad.*<sup>33</sup>

El numeral uno, señala que se debe tener en cuenta “que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba”. En mi opinión, ésta circunstancia no es trascendental para determinar una detención preventiva, puesto que, el imputado puede recurrir a otras personas para destruir, modificar, ocultar o falsificar las pruebas.

El numeral dos, toma en cuenta como circunstancia “que el imputado influirá negativamente en los partícipes, testigos o peritos a objeto de que informen falsamente”. Aquí, ocurre lo mismo que en el anterior numeral, como dije el imputado puede utilizar otras personas para lograr su objetivo, por tanto, considero que tampoco es muy relevante para determinar una detención preventiva.

El numeral tres, establece como circunstancia “*que el imputado influirá ilegal o ilegítimamente en jueces, jueces ciudadanos, fiscales y/o en los funcionarios o empleados del sistema de administración de justicia*”. A mi criterio, tampoco es relevante para llegar a una decisión como la de privar de libertad, ya que como dije anteriormente el imputado puede utilizar otras personas para lograr su objetivo, además, que esta situación es muy difícil de comprobar.

El numeral cuatro, señala como circunstancia “*que el imputado inducirá a otros a realizar las acciones descritas en los numerales 1), 2) y 3) de este artículo*”.

Aquí, el legislador hace referencia a lo que dije anteriormente, en el sentido de que el imputado puede realizar la obstaculización por medio de terceras personas.

---

<sup>33</sup>BOLIVIA, *Código de Procedimiento Penal (Ley 1970)*.

Finalmente, el numeral cinco de manera muy amplia toma en cuenta *“cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener fundadamente que el imputado, directa o indirectamente, obstaculizará la averiguación de la verdad”*. Es decir, el legislador pone a discreción del Juez valorar cualquier otra situación que permita establecer que el imputado obstaculizará la averiguación de la verdad.

Como expresé en el análisis del artículo anterior, la amplia facultad que tiene el Juez para decidir sobre otras circunstancias, puede llevar a confusiones y contradicciones en la aplicación de la detención preventiva, lo que daría lugar a que el Juez incurra en detenciones ilegales y arbitrarias.

Por último, el art. 235 bis (Peligro de Reincidencia), incorporado al Código de Procedimiento Penal, mediante la Ley 2494 de 4 de Agosto de 2003, señala que también se puede aplicar la detención preventiva cuando el imputado ha sido condenado por sentencia ejecutoriada en Bolivia o en el extranjero si no hubieran transcurrido cinco años desde el cumplimiento de la condena. Tal como se puede ver:

*“Artículo 235 bis. (Peligro de Reincidencia) También se podrán aplicar medidas cautelares incluida la detención preventiva cuando el imputado haya sido condenado en Bolivia o en el extranjero por sentencia ejecutoriada si no hubieran transcurrido desde el cumplimiento de la condena un plazo de cinco años.”<sup>34</sup>*

Considero que el peligro de reincidencia es la causal más directa para la procedencia de la aplicación de la detención preventiva, puesto que se trata de una conducta reiterativa del imputado sobre la comisión de nuevos delitos dentro de los cinco años del cumplimiento de la pena. Antecedente, que

---

<sup>34</sup>BOLIVIA, *Código de Procedimiento Penal (Ley 1970)*.

necesariamente debe ser considerado por el Juez o Tribunal en el momento de aplicar una medida cautelar personal como la detención preventiva.

#### **2.5.3.4. TRATAMIENTO DE LOS DETENIDOS PREVENTIVAMENTE.**

El art. 237 (Tratamiento) señala, que los detenidos preventivamente deben ser internados en establecimientos especiales o al menos en secciones separadas de los condenados y en todo momento deben ser tratados como inocentes, mientras no se declare su culpabilidad en juicio con sentencia condenatoria ejecutoriada: Tal como se puede observar:

*“Artículo 237.- (Tratamiento). Los detenidos preventivamente serán internados en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizan para los condenados o, al menos, en secciones separadas de las dispuestas para estos últimos y serán tratados en todo momento como inocentes que sufren la detención con el único fin de asegurar el normal desarrollo del proceso penal.*

*La detención preventiva debe cumplirse en el recinto penal del lugar donde se tramita el proceso.”<sup>35</sup>*

De la transcripción textual del citado artículo, además, de lo expresado anteriormente, se puede deducir que los detenidos preventivamente sufren la detención preventiva con la única finalidad de asegurar el normal desarrollo del proceso penal. Considero que en esta parte, el legislador ha especificado con claridad la finalidad principal que busca la detención preventiva como medida cautelar personal de última ratio.

---

<sup>35</sup>BOLIVIA, Código de Procedimiento Penal (Ley 1970).

## **2.6. ANÁLISIS CRITERIO JURÍDICO, OBLIGACIÓN DE ARGUMENTACIÓN Y LA DECISIÓN DE UNA PRIVACIÓN INDEBIDA DE LIBERTAD QUE PUEDA CONFIGURAR UN TIPO PENAL DOLOSO**

El termino criterio tiene su origen en el vocablo que significa “Juzgar”. El criterio es el juicio o discernimiento de una persona. Por ejemplo:” a mi criterio es el juicio o discernimiento de una persona por Ejemplo: A mi criterio, Juan Pérez es culpable porque...”

El criterio, por lo tanto, es una especie de condición subjetiva que permite concretar una elección. Se trata, en definitiva, de aquello que sustenta un juicio de valor.

### **2.6.1. OBLIGACIÓN DE ARGUMENTAR Y MOTIVAR**

Sentencia Constitucional Plurinacional 0245/2015-S1 Sucre, 26 de febrero de 2015

III. 2. Los principios de fundamentación, motivación y congruencia como elementos característicos del debido proceso.

La jurisprudencia Constitucional a través de diferentes fallos ha reconocido entre los elementos del debido proceso a los principios de la fundamentación, motivación y congruencia de las decisiones, así la SCP 1194/2014 de 10 de junio, citando a la SCP 1020/2013 de 27 de junio, estableció: “...*la motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales resulta ser una condición de validez de las resoluciones judiciales, puesto que la credibilidad de la administración de justicia radica básicamente en que las decisiones plasmadas en resoluciones estén debidamente motivadas y fundamentadas. La fundamentación implica explicar las razones jurídicas de la decisión judicial,*

*es decir, la cita a las normas jurídicas constitución Política del Estado, bloque de constitucionalidad, leyes, etc., así como jurisprudencia constitucional y ordinaria) que son aplicables al caso; en tanto que la motivación consiste en establecer los motivos concretos de porqué el caso analizado se subsume en dichos fundamentos jurídicos, pudiendo intervenir en el análisis inclusive motivos de índole cultural, social, axiológico, entre otros, que guiaron a la autoridad judicial a tomar una decisión de una determinada forma”*

En este mismo sentido la SC 0358/2010-R de 22 de junio, determinó que: *“...esta concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esos criterios se considera que quien administra justicia debe emitir fallos motivados, congruentes y pertinentes”*.

Estipulados concordantes con la SCP 1551/2014 de 5 de septiembre, que determina: “El debido proceso implica, entre otros aspectos, la exigencia de motivación o fundamentación de las resoluciones sean éstas judiciales o administrativas; y concretamente tratándose de resoluciones judiciales en el ámbito penal, el art. 124 del CPP, impone que las sentencias y autos interlocutorios se encuentren debidamente fundamentados de forma que: `Expresarán los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba y que 'La fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes'...

Así: *“...toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que*

*el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.*

*«...Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión»” (SCP 1085/2014 de 10 de junio, citando a las SSCC 1674/2003-R, 0119/2003-R, 1276/2001-R y 0418/2000-R) (las negrillas son nuestras).*

- Sentencia Constitucional Plurinacional 0181/2018-S3 Sucre, 22 de mayo de 2018

*“Sobre la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales como componente del debido proceso. Jurisprudencia reiterada Al respecto, la jurisprudencia constitucional refirió que la fundamentación y motivación que realice un servidor público a tiempo de emitir una determinación, debe exponer con claridad los motivos que sustentaron su decisión, entre otras la SC 0863/2007-R de 12 de diciembre, señaló: “...la garantía del debido proceso, comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo,*

*solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió. (...) Finalmente, cabe señalar que la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo.”*

Al respecto la SCP 0579/2016-S3 de 20 de mayo, sostuvo que: “Los arts. 73 del CPP y 61 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP), establecen la obligatoriedad de fundamentación de las resoluciones por parte de los fiscales, en ese entendido la jurisprudencia del extinto Tribunal Constitucional contenida en la SC 1523/2004-R de 28 de septiembre, concluyó lo siguiente: ‘...toda decisión emitida dentro de un proceso penal que no implique cuestión de mero trámite sino que concierna al fondo de lo que se investiga debe ser necesariamente motivada o lo que es lo mismo, debidamente fundamentada, lo que significa, que tanto el fiscal o los jueces que conozcan el proceso, sea en control jurisdiccional o para resolver el fondo, deberán dictar sus requerimientos o resoluciones cumpliendo las exigencias de la estructura de forma como de contenido de las mismas. En particular en lo relativo al contenido de fondo, no sólo deberán circunscribirse a relatar lo expuesto por las partes sino también citar las pruebas que aportaron las partes, exponer su criterio sobre el valor que le dan a las mismas luego del contraste y valoración

*que hagan de ellas dando aplicación a las normas jurídicas aplicables para finalmente resolver. Si no proceden de esa forma y dictan una resolución sin respetar la estructura señalada, resulta obvio que su decisión será arbitraria y considerada subjetiva e injusta, pues el sujeto procesal a quien no le sea favorable no podrá entender y menos saber la razón jurídica de la decisión”.*

## **2.6.2. DECISIÓN DE UNA PRIVACIÓN INDEBIDA DE LIBERTAD QUE PUEDA CONFIGURAR UN TIPO PENAL DOLOSO**

Una de las instituciones procesales que ha recibido una crítica más intensa en la mayoría de las normativas procesal penales contemporáneos a lo largo y ancho del globo, es la prisión preventiva o detención preventiva. En nuestro ordenamiento jurídico la entendemos como *“una medida cautelar personal de carácter excepcional, decretada por el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal en su caso, a solicitud del fiscal del Ministerio Público o del querellante, con posterioridad a la formalización de la investigación, que impone al imputado un estado de privación de libertad, más o menos permanente, con el objeto de asegurar la realización de los fines del procedimiento”.*

Partiendo de dicha premisa, cuando una persona cumple detención preventiva y posteriormente se dicta un sobreseimiento, durante el tiempo en el que se le ha mantenido en prisión, se le ha privado de un derecho fundamental como es la libertad, del que no va a ser restituido. El daño causado debería ser reparado en la medida de lo posible, ya que no se puede restaurar la libertad perdida

Cuando un juez dispone mediante resolución una detención preventiva injusta o arbitraria, asimismo un fiscal solicita una detención preventiva injusta o arbitraria sin fundamento legal, con intencionalidad de buscar fines ilegítimos con el poder jurisdiccional como beneficiar o perjudicar a alguna de las partes, o a sí mismo, siendo muy variada su caracterización, por ejemplo, decisiones

por falta de imparcialidad, todo lo cual se puede traducir en inactividad procesal deliberada o el caso inverso, adopción de medidas cautelares en particular irrazonables, infundadas, cambios de criterios jurisprudenciales sin fundamento fáctico ni jurídico, etc. Dichas decisiones arbitrarias e indebidas causan daños psicológicos, morales, irreparables en una persona inocente que cuentan con derechos constitucionales e internacionales como el principio de inocencia, actuaciones que no pueden quedar impunes y que deben ser sancionadas penalmente por las autoridades que emiten decisiones arbitrarias en una detención preventiva.

Los argumentos a favor de la responsabilidad penal de jueces y fiscales son:

1. La independencia judicial supone jueces que no cometan abusos ni excesos.
2. La Constitución Política del Estado Plurinacional no reconoce a los jueces la inmunidad de opinión como sí lo hace con los legisladores y ésta es de interpretación restrictiva.
3. La principal tarea de los jueces es dictar resoluciones como la detención preventiva de ahí que la causal de mal desempeño guarda estrecha relación con su contenido.
4. Lo que se busca es comprobar que un magistrado y fiscal mantengas las condiciones de idoneidad para seguir ejerciendo su cargo.
9. Por lo que el juez y fiscal deben contar con responsabilidad por el contenido de las decisiones arbitrarias en una detención preventiva.

El ante proyecto de ley busca que los fiscales y jueces que usen la detención preventiva de manera arbitraria, equivocada o por razones no justificadas, sean responsables penalmente y paguen una reparación daño económicamente a favor de la persona perjudicada.

## 2.7. VACÍO LEGAL EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

En la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico boliviano específicamente el código penal **no identifica un tipo penal exclusivamente para el juez o el fiscal en lo que respecta a una errónea calificación o envió con detención preventiva al imputado que posteriormente se demuestre el accionar negligente de la autoridad judicial a la petición del Fiscal con una carencia de fundamento probatorio en los riesgos procesales para el imputado.**

Cuando una autoridad judicial manda con detención preventiva al imputado sin tener certeza de la veracidad de la prueba de carga o si es que realmente existe peligro de fuga lo priva de libertad y a medida que pasa la investigación resulta que no existía suficientes elementos de convicción para determinar una detención preventiva el juez y al fiscal no se le sanciona penal.

La Constitución Política del Estado Plurinacional identifica uno de los Derechos Constitucionales la Libertad y el derecho a la defensa en Libertad son transgredidos por el Juez por lo cual si nos vamos a la teoría identificamos que *“cualquier acción que viole los derechos constitucionales deben ser sancionados incluso penalmente si es que se dañare la integridad física o psicológica de una persona por decisión de otra persona natural”*<sup>36</sup> tomando en cuenta este aspecto en Bolivia hay varias autoridades que toman decisiones arbitrariamente y no se fundan en aspectos coherentes jurídicos dejando de lado el principio de IMPARCIALIDAD y quedan sin efecto sus acciones que no son sancionadas penalmente, ni disciplinariamente lo cual también no

---

<sup>36</sup> NINA William Trabajos de Derecho Bolivia – Análisis de la culpabilidad de la autoridad judicial por acciones dolosas 2019

identifica la Ley N.º 025 en los art. 186,187 y 188, ni la Ley 260 en sus arts.119,120 y 121.

Considero que es necesario que el juez o fiscal de la causa observen los presupuestos mínimos que deben existir para dictar una detención preventiva; caso contrario, tendrán que ser responsables penalmente y resarcir a los imputados que hayan sido declarados sobreseídos o declarados inocentes.

Por lo que se propone incorporar un artículo en el código penal que no existe en el ordenamiento jurídico que responsabilice penalmente a jueces y fiscales que usen la medida preventiva contra personas que sean declaradas inocentes luego de terminado el proceso judicial.

## **2.8. JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA**

### **LOS PRINCIPIOS DE EXCEPCIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN PREVENTIVA Y LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 232 INC. 3) DEL CPP SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0984/2017-S3**

**Sucre, 25 de septiembre de 2017**

Al respecto, la SCP 0495/2016-S3 de 27 estableció que: *“En general, el régimen de medidas cautelares y en particular, el relativo a la medida cautelar de detención preventiva se rige por el principio de excepcionalidad, respecto del cual, la propia jurisprudencia constitucional, en el marco de la política criminal asumida por el Estado boliviano (SC 1036/2002-R de 29 de agosto), razonó que: ‘El legislador, atendiendo el mandato implícito contenido en la Constitución, de que toda restricción al derecho a la libertad sea en la medida de lo necesario por su utilidad para la consecución de fines constitucionalmente justificados, previa ponderación de los intereses en juego: presunción de inocencia y eficacia de la persecución penal, optó*

**por otorgar a las medidas cautelares de naturaleza personal, únicamente fines de utilidad procesal** (efectividad del proceso y de la ejecución de la sentencia)” (las negrillas son nuestras) (Fundamento Jurídico III.1.2 de la SC 0012/2006-R de 4 de enero).

Por su parte, la jurisprudencia interamericana al respecto dijo: ‘La Corte considera indispensable destacar que la **prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional...**’ (el subrayado y resaltado es nuestro) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, párr. 106), y en un caso posterior, también dijo que: ‘**La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal**’ (el resaltado también es propio) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 206, párr. 121).

En el mismo sentido, el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), dispone que: ‘**La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...**’ (las negrillas fueron agregadas). Por su parte, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Kioto), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990, establecen lo siguiente: ‘6.1 **En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso**, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima’.

En el marco de dicho principio de excepcionalidad (también la SC 228/01-R de 22 de marzo de 2001), nuestra legislación procesal en su art. 232 del CPP, establece la improcedencia de la detención preventiva en los siguientes casos: ‘1) En los delitos de acción privada; 2) En aquellos que no tengan prevista

pena privativa de libertad; y, 3) **En los delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años**'.

Con relación al inciso 3) del citado artículo, la jurisprudencia constitucional se pronunció de la siguiente manera en los siguientes tres casos descritos a continuación:

**a)** En un caso, en el cual el accionante denunció encontrarse detenido ilegalmente en celdas de la Unidad Operativa de Tránsito por más de trece días, a pesar que la medida cautelar solo dispuso su detención en la carceleta de la ciudad hasta que las diligencias de la policía sean concluidas y que su detención preventiva sería improcedente debido a que la comisión del delito de homicidio y lesiones graves y gravísimas en accidente de tránsito está sancionado con reclusión de uno a tres años y el art. 232 inc. 3) del CPP, establece la improcedencia de la detención preventiva en los delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años, el Tribunal Constitucional a través de la SC 634/01-R de 2 de julio de 2001, concluyó que **'...de la señalada disposición legal se establece que entran dentro de la previsión del artículo los delitos sancionados con pena privativa de libertad inferior a 3 años no así los delitos que tienen una pena privativa de libertad de 3 años o más'**;

**b)** Asimismo, la SC 0294/2003 de 10 de marzo, en su Fundamento Jurídico III.3, respecto al art. 232 inc. 3) del CPP, determinó que **'...procede la detención preventiva en los delitos de acción pública, que sean sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea igual o mayor a tres años, exista imputación formal, pedido fundamentado del fiscal o del querellante...'** (resaltado incorporado), así como la concurrencia de las causales o requisitos comprendidos en el art. 233 del CPP; y,

**c)** En otro caso, ante la denuncia del accionante de que se habría dispuesto su detención preventiva sin considerar los requisitos previstos en el art. 233 del CPP, pues el delito de abandono de mujer embarazada que se le atribuía, estaba sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a tres años, y

que por disposición del art. 232 del CPP, no procedía la detención preventiva en los delitos de acción privada y en aquellos que la pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años, por lo que se debiera aplicar medidas sustitutivas a la detención preventiva, a través de la SC 0003/2004-R de 7 de enero, el Tribunal Constitucional, resolvió que *'...si bien por determinación del art. 232-3) del CPP, procede la detención preventiva al haber sido el recurrente imputado por el delito de abandono de mujer embarazada tipificado por el art. 250 del CP, que establece la pena de reclusión de 6 meses a tres años, **de lo que se tiene que la pena máxima no es inferior a tres años sino igual***'.

Al respecto, este Tribunal advierte que la jurisprudencia constitucional citada efectuó una interpretación restrictiva del alcance de dicha causal de improcedencia, pues para determinar ello, además de omitir el citado principio de excepcionalidad, también omitió ponderar el principio de proporcionalidad de la medida de detención preventiva, cuyo alcance ha sido definido por la jurisprudencia interamericana en los siguientes términos: *'La prisión preventiva se halla limitada (...) por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. **El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión...***' (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 206, párr. 122).

De lo anterior, es posible advertir que dicho principio de proporcionalidad se refleja de manera específica en el art. 232 inc. 2) del CPP, al prescribir que dicha medida no procede: *'En aquellos [delitos] que no tengan prevista pena privativa de libertad'*, entendiendo que el detener preventivamente a una

*persona que no cumplirá condena de privación de libertad, resulta ciertamente desproporcional.*

*Pero tal principio también se encuentra inmanente en el supuesto descrito por el inciso 3) del mismo artículo -cuya interpretación motiva el presente análisis-, pues aunque la enunciación no resulta tan explícita como el caso del referido inciso 2), de una interpretación sistemática y teleológica de las normas del procedimiento penal, a la luz del principio pro homine, se tiene que dicho supuesto -la improcedencia de la medida de detención preventiva en la sustanciación de procesos penales por delitos sancionados con pena máxima inferior a tres años- busca el resguardo de dicho principio siempre y cuando se considere que la noción de 'inferior a', también sea asumida como 'igual a' tres años, pues:*

*1) El art. 366 del CPP, establece que: 'La jueza o el juez o tribunal previo los informes necesarios y tomando en cuenta los móviles o causas que hayan inducido al delito, la naturaleza y modalidad del hecho, podrá suspender de modo condicional el cumplimiento de la pena cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Que la persona haya sido condenada a pena privativa de libertad que no exceda de tres años de duración'.*

*En ese marco legal, la posibilidad extrema de que en sentencia se aplique la pena máxima de ('igual a') tres años de privación de libertad, conlleva también la posibilidad de que el condenado acceda al beneficio de suspensión condicional de la pena y en los hechos no cumpla pena de privación de libertad alguna, que de suceder, implicaría haber impuesto una medida cautelar más gravosa que la pena efectivamente aplicada en caso de condena, vulnerando así el mentado principio de proporcionalidad.*

*Entonces, excluir los casos de procesamiento por delitos sancionados con pena máxima de ('igual a') tres años de privación de libertad, del supuesto descrito en el art. 232 inc. 3) del CPP, implica asumir una interpretación restrictiva de la citada norma, en la que no se considera que materialmente en tales casos, subyace la posibilidad de no aplicar pena privativa de libertad*

alguna, la cual como describe la jurisprudencia interamericana, justifica que la detención preventiva no deba ser autorizada: **‘...no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión...’** (Sentencia de 17 de noviembre de 2009, caso Barreto Leiva vs. Venezuela); y,

**2) El art. 23 del CPP, prescribe que: ‘Cuando sea previsible la suspensión condicional de la pena, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del proceso. Esta suspensión procederá si el imputado presta su conformidad y, en su caso, cuando haya reparado el daño ocasionado, firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación’.**

La norma procesal glosada, en concordancia con la anteriormente referida, regula un beneficio que prevé que la persona sobre quien pesa una investigación penal o imputación, sea exonerada del procesamiento y/o investigación de determinado delito, siempre y cuando cumpla con los requisitos que harían procedente la suspensión condicional de la pena, siendo a su vez uno de éstos, precisamente el quantum de la pena máxima prevista, que es de (‘igual a’) tres años.

En este supuesto, se advierte de igual manera, que la norma procesal prevé un beneficio de exoneración a favor del procesado, exigiendo para su procedencia, que el delito investigado prevea una pena máxima de (‘igual a’) tres años, por lo que en su caso, determinar cómo procedente la medida cautelar de detención preventiva y dar lugar a la misma, vulnera el principio de proporcionalidad ya que se contempla la posibilidad que la persona procesada ni siquiera sea sujeta a procesamiento penal.

En ese contexto, debe considerarse que las penas contempladas en los diferentes tipos penales previstos por nuestro ordenamiento jurídico penal, reflejan el grado de valoración social de determinadas conductas delictivas. Así, es posible encontrar en un extremo, tipos penales que no contemplan como sanción penas privativas de libertad, y en otro, aquellos que contemplan

*la sanción penal máxima de treinta años de privación de libertad sin derecho a indulto, establecida como límite por la propia Norma Suprema (art. 118.II de la CPE).*

*En ese marco, las conductas delictivas descritas en los tipos penales que contemplan como pena máxima, la sanción de tres años de privación de libertad, reflejan un grado de valoración social que involucra cierta condescendencia de la sociedad para con las mismas, tanto así, que dicha condescendencia se ve reflejada en las normas del procedimiento penal que prevén ciertos beneficios tanto para su procesamiento como para su sanción, conforme se describió supra.*

*Entonces, si la sanción máxima de tres años de privación de libertad constituye un parámetro de esa valoración social que, condescendentemente reconoce ciertos beneficios a la persona procesada y eventualmente condenada, no resulta coherente negar que la improcedencia de la detención preventiva le alcance.*

*En el mismo sentido, el Código Penal y otras leyes especiales que tipifican conductas delictivas, no establecen como penas máximas en ningún tipo penal, pena privativa de libertad que oscile entre dos y tres años (v.gr. dos años y seis meses), lo que implica que la interpretación de 'inferior y no igual a tres años' sea comprendida en los hechos, como "igual a dos años", extremo que si así correspondería con la voluntad del legislador, éste lo hubiera plasmado de esa manera en el tenor del art. 232 inc. 3) del CPP; sin embargo, conforme los fundamentos expuestos, este Tribunal advierte precisamente lo contrario.*

*Así, en el marco de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad aquí desarrollados y reconocidos ampliamente por nuestra Norma Suprema, el bloque de constitucionalidad y nuestro propio ordenamiento jurídico procesal penal, a la luz del principio pro hómine que para la presente interpretación '...implica que las normas sobre Derechos Humanos deben ser interpretadas en el sentido que más favorezca a la persona, vinculándose, en consecuencia,*

*con el principio de interpretación progresiva de los derechos, en virtud del cual entre varios entendimientos posibles, debe optarse por aquél que limite en menor medida el derecho o garantía que se denuncia como vulnerado, es decir, se debe elegir la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos’ (SC 0006/2010-R de 6 de abril), no resulta admisible dar lugar a una interpretación restrictiva que desprotege un derecho de carácter esencial como es la libertad de las personas, cuyo eficaz ejercicio constituye la base del sistema democrático, y a su vez, la garantía de ejercicio de los demás derechos fundamentales y humanos.*

***Entonces, se entenderá que el inciso 3) del art. 232 del CPP, establece que la detención preventiva no procede en aquellos delitos de acción pública sancionados con pena privativa de libertad, cuyo máximo legal sea inferior o igual a tres años, aclarando que este Tribunal no pretende a través de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional cambiar el texto literal de dicho artículo sino acercarse a la interpretación más favorable, que no es contradictoria con las disposiciones de la norma procesal penal donde se halla contenida, y que por el contrario, la complementa.***

*El presente entendimiento constituye un cambio de línea de las SSCC 634/01-R, 0294/2003 y 0003/2004-R” (las negrillas nos corresponden).*

**Los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de la medida cautelar de detención preventiva y la interpretación del art. 232. 3 del CPP**  
**SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0708/2017-S2**

**Sucre, 31 de julio de 2017**

*La SCP 0495/2016-S3, señaló: “En general, el régimen de medidas cautelares y en particular, el relativo a la medida cautelar de detención preventiva se rige por el principio de excepcionalidad, respecto del cual, la propia jurisprudencia constitucional, en el marco de la política criminal asumida por el Estado*

boliviano (SC 1036/2002-R de 29 de agosto), razonó que: **‘El legislador, atendiendo el mandato implícito contenido en la Constitución, de que toda restricción al derecho a la libertad sea en la medida de lo necesario por su utilidad para la consecución de fines constitucionalmente justificados, previa ponderación de los intereses en juego: presunción de inocencia y eficacia de la persecución penal, optó por otorgar a las medidas cautelares de naturaleza personal, únicamente fines de utilidad procesal (efectividad del proceso y de la ejecución de la sentencia)’** (Fundamento Jurídico III.1.2 de la SC 0012/2006-R de 4 de enero).

Por su parte, la jurisprudencia interamericana al respecto dijo: **‘La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional...’** (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, párr. 106), y en un caso posterior, también dijo que: **‘La regla debe ser la libertad del procesado** mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal’ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 206, párr. 121). En el mismo sentido, el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), dispone que: **‘La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...’**. Por su parte, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Kioto), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990, establecen lo siguiente: **‘6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima’**.

*En el marco de dicho principio de excepcionalidad (también la SC 228/01-R de 22 de marzo de 2001), nuestra legislación procesal en su art. 232 del CPP, establece la improcedencia de la detención preventiva en los siguientes casos: '1) En los delitos de acción privada; 2) En aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad; y, 3) **En los delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años**'.*

*Con relación al inciso 3) del citado artículo, la jurisprudencia constitucional se pronunció de la siguiente manera en los siguientes tres casos descritos a continuación:*

*a) En un caso, en el cual el accionante denunció encontrarse detenido ilegalmente en celdas de la Unidad Operativa de Tránsito por más de trece días, a pesar que la medida cautelar solo dispuso su detención en la carceleta de la ciudad hasta que las diligencias de la policía sean concluidas y que su detención preventiva sería improcedente debido a que la comisión del delito de homicidio y lesiones graves y gravísimas en accidente de tránsito está sancionado con reclusión de uno a tres años y el art. 232 inc. 3) del CPP, establece la improcedencia de la detención preventiva en los delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años, el Tribunal Constitucional a través de la SC 634/01-R de 2 de julio de 2001, concluyó que '...de la señalada disposición legal se establece que entran dentro de la previsión del artículo los delitos sancionados **con pena privativa de libertad inferior a 3 años no así los delitos que tienen una pena privativa de libertad de 3 años o más**';*

*b) Asimismo, la SC 0294/2003 de 10 de marzo, en su Fundamento Jurídico III.3, respecto al art. 232 inc. 3) del CPP, determinó que '...procede la detención preventiva en los delitos de acción pública, que sean sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea **igual o mayor a tres años**, exista imputación formal, pedido fundamentado del fiscal o del querellante...', así como la concurrencia de las causales o requisitos comprendidos en el art. 233 del CPP; y,*

c) En otro caso, ante la denuncia del accionante de que se habría dispuesto su detención preventiva sin considerar los requisitos previstos en el art. 233 del CPP, pues el delito de abandono de mujer embarazada que se le atribuía, estaba sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a tres años, y que por disposición del art. 232 del CPP, no procedía la detención preventiva en los delitos de acción privada y en aquellos que la pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años, por lo que se debiera aplicar medidas sustitutivas a la detención preventiva, a través de la SC 0003/2004-R de 7 de enero, el Tribunal Constitucional, resolvió que ‘...si bien por determinación del art. 232-3) del CPP, procede la detención preventiva al haber sido el recurrente imputado por el delito de abandono de mujer embarazada tipificado por el art. 250 del CP, que establece la pena de reclusión de 6 meses a tres años, **de lo que se tiene que la pena máxima no es inferior a tres años sino igual**’.

Al respecto, este Tribunal advierte que la jurisprudencia constitucional citada efectuó una interpretación restrictiva del alcance de dicha causal de improcedencia, pues para determinar ello, además de omitir el citado principio de excepcionalidad, también omitió ponderar el principio de proporcionalidad de la medida de detención preventiva, cuyo alcance ha sido definido por la jurisprudencia interamericana en los siguientes términos: ‘La prisión preventiva se halla limitada (...) por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. **El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena.** Esto quiere decir que **no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión...**’ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 206, párr. 122).

*De lo anterior, es posible advertir que dicho principio de proporcionalidad se refleja de manera específica en el art. 232 inc. 2) del CPP, al prescribir que dicha medida no procede: 'En aquellos [delitos] que no tengan prevista pena privativa de libertad', entendiendo que el detener preventivamente a una persona que no cumplirá condena de privación de libertad, resulta ciertamente desproporcional.*

*Pero tal principio también se encuentra inmanente en el supuesto descrito por el inciso 3) del mismo artículo -cuya interpretación motiva el presente análisis-, pues aunque la enunciación no resulta tan explícita como el caso del referido inciso 2), de una interpretación sistemática y teleológica de las normas del procedimiento penal, a la luz del principio pro homine, se tiene que dicho supuesto -la improcedencia de la medida de detención preventiva en la sustanciación de procesos penales por delitos sancionados con pena máxima inferior a tres años- busca el resguardo de dicho principio siempre y cuando se considere que la noción de 'inferior a', también sea asumida como 'igual a' tres años, pues:*

**1) El art. 366 del CPP, establece que: 'La jueza o el juez o tribunal previo los informes necesarios y tomando en cuenta los móviles o causas que hayan inducido al delito, la naturaleza y modalidad del hecho, podrá suspender de modo condicional el cumplimiento de la pena cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Que la persona haya sido condenada a pena privativa de libertad que no exceda de tres años de duración'.**

*En ese marco legal, la posibilidad extrema de que en sentencia se aplique la pena máxima de ('igual a') tres años de privación de libertad, conlleva también la posibilidad de que el condenado acceda al beneficio de suspensión condicional de la pena y en los hechos no cumpla pena de privación de libertad alguna, que de suceder, implicaría haber impuesto una medida cautelar más gravosa que la pena efectivamente aplicada en caso de condena, vulnerando así el mentado principio de proporcionalidad.*

Entonces, excluir los casos de procesamiento por delitos sancionados con pena máxima de (‘igual a’) tres años de privación de libertad, del supuesto descrito en el art. 232 inc. 3) del CPP, implica asumir una interpretación restrictiva de la citada norma, en la que no se considera que materialmente en tales casos, subyace la posibilidad de no aplicar pena privativa de libertad alguna, la cual como describe la jurisprudencia interamericana, justifica que la detención preventiva no deba ser autorizada: ‘...**no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicarla pena de prisión...**’ (Sentencia de 17 de noviembre de 2009, caso Barreto Leiva vs. Venezuela); y,

2) El art. 23 del CPP, prescribe que: ‘**Cuando sea previsible la suspensión condicional de la pena, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del proceso.** Esta suspensión procederá si el imputado presta su conformidad y, en su caso, cuando haya reparado el daño ocasionado, firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación’.

La norma procesal glosada, en concordancia con la anteriormente referida, regula un beneficio que prevé que la persona sobre quien pesa una investigación penal o imputación, sea exonerada del procesamiento y/o investigación de determinado delito, siempre y cuando cumpla con los requisitos que harían procedente la suspensión condicional de la pena, siendo a su vez uno de éstos, precisamente el quantum de la pena máxima prevista, que es de (‘igual a’) tres años.

En este supuesto, se advierte de igual manera, que la norma procesal prevé un beneficio de exoneración a favor del procesado, exigiendo para su procedencia, que el delito investigado prevea una pena máxima de (‘igual a’) tres años, por lo que, en su caso, determinar cómo procedente la medida cautelar de detención preventiva y dar lugar a la misma, vulnera el principio de proporcionalidad ya que se contempla la posibilidad que la persona procesada ni siquiera sea sujeta a procesamiento penal.

*En ese contexto, debe considerarse que las penas contempladas en los diferentes tipos penales previstos por nuestro ordenamiento jurídico penal, reflejan el grado de valoración social de determinadas conductas delictivas. Así, es posible encontrar en un extremo, tipos penales que no contemplan como sanción penas privativas de libertad, y en otro, aquellos que contemplan la sanción penal máxima de treinta años de privación de libertad sin derecho a indulto, establecida como límite por la propia Norma Suprema (art. 118.II de la CPE).*

*En ese marco, las conductas delictivas descritas en los tipos penales que contemplan como pena máxima, la sanción de tres años de privación de libertad, reflejan un grado de valoración social que involucra cierta condescendencia de la sociedad para con las mismas, tanto así, que dicha condescendencia se ve reflejada en las normas del procedimiento penal que prevén ciertos beneficios tanto para su procesamiento como para su sanción, conforme se describió supra.*

*Entonces, si la sanción máxima de tres años de privación de libertad constituye un parámetro de esa valoración social que, condescendentemente reconoce ciertos beneficios a la persona procesada y eventualmente condenada, no resulta coherente negar que la improcedencia de la detención preventiva le alcance.*

*En el mismo sentido, el Código Penal y otras leyes especiales que tipifican conductas delictivas, no establecen como penas máximas en ningún tipo penal, pena privativa de libertad que oscile entre dos y tres años (v.gr. dos años y seis meses), lo que implica que la interpretación de 'inferior y no igual a tres años' sea comprendida en los hechos, como 'igual a dos años', extremo que si así correspondería con la voluntad del legislador, éste lo hubiera plasmado de esa manera en el tenor del art. 232 inc. 3) del CPP; sin embargo, conforme los fundamentos expuestos, este Tribunal advierte precisamente lo contrario.*

**Así, en el marco de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad aquí desarrollados y reconocidos ampliamente por nuestra Norma Suprema, el bloque de constitucionalidad y nuestro propio ordenamiento jurídico procesal penal, a la luz del principio pro hómíne que para la presente interpretación ‘...implica que las normas sobre Derechos Humanos deben ser interpretadas en el sentido que más favorezca a la persona, vinculándose, en consecuencia, con el principio de interpretación progresiva de los derechos, en virtud del cual entre varios entendimientos posibles, debe optarse por aquél que limite en menor medida el derecho o garantía que se denuncia como vulnerado, es decir, se debe elegir la interpretación más extensiva en cuanto al reconocimiento de derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos” (SC 0006/2010-R de 6 de abril), no resulta admisible dar lugar a una interpretación restrictiva que desprotege un derecho de carácter esencial como es la libertad de las personas, cuyo eficaz ejercicio constituye la base del sistema democrático, y a su vez, la garantía de ejercicio de los demás derechos fundamentales y humanos.**

**Entonces, se entenderá que el inciso 3) del art. 232 del CPP, establece que la detención preventiva no procede en aquellos delitos de acción pública sancionados con pena privativa de libertad, cuyo máximo legal sea inferior o igual a tres años, aclarando que este Tribunal no pretende a través de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional cambiar el texto literal de dicho artículo sino acercarse a la interpretación más favorable, que no es contradictoria con las disposiciones de la norma procesal penal donde se halla contenida, y que por el contrario, la complementa.**

**El presente entendimiento constituye un cambio de línea de las SSCC 634/01-R, 0294/2003 y 0003/2004-R” (las negrillas son nuestras).**

## **CAPÍTULO III**

### **PROPUESTA**

#### **3.1. MOTIVOS DE LA PROPUESTA DE LEY**

##### **3.1.1. INEXISTENCIA DE NORMA PENAL, NI DISCIPLINARIA.**

Conforme, lo expuesto se establece la inexistencia de una norma penal específica que tipifique el accionar de los jueces y fiscales que emitan una Resolución de detención preventiva injusta o arbitraria disponiendo o solicitando respectivamente, no cuentan con responsabilidad penal específica, ni responsabilidad disciplinaria.

##### **3.1.2. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA PARA JUECES Y FISCALES**

En la actualidad, no se sanciona a los Jueces por resoluciones de detención preventiva injustas o arbitrarias, por lo siguiente:

Si bien, los afectados por las resoluciones de detención preventivas injustas y arbitrarias presentan denuncias disciplinarias ante los Jueces Disciplinarios del Consejo de la Magistratura y Autoridades Sumariantes del Ministerio Público respectivamente, las denuncias disciplinarias son observadas o rechazadas por las autoridades disciplinarias referidas, considerando la amplia jurisprudencia disciplinaria emitida por el Consejo de la Magistratura Sala Disciplinaria, la cual menciono a continuación:

#### ***PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL***

***El régimen disciplinario debe respetarse la independencia jurisdiccional.***

*“La competencia de la jurisdicción ordinaria es encomendada por ley a jueces y tribunales ordinarios y no puede ser suplida por jueces ni tribunales disciplinarios, no pudiendo bajo ningún concepto ejercer labores que la ley específicamente atribuye a otra jurisdicción como la ordinaria, a quien le corresponde conocer las causas sometidas a su competencia. No comprenderlo e ingresar a través de la vía disciplinaria al campo de la jurisdicción ordinaria (como pretende el recurrente) supondría elevar la vía disciplinaria a un supra poder capaz de revisar y decidir sobre la cosa juzgada, llegando a generar inseguridad jurídica, enervando la acción de los órganos titulares del poder disciplinario (...) este tribunal de segunda instancia considera que el juez a quo hizo una correcta valoración al negar la admisión de la denuncia, porque los hechos denunciados no corresponde sean subsanados por la jurisdicción disciplinaria”.*

**Por tanto: CONFIRMA en forma total.**

*Relatora: Consejera Dra. Wilma Mamani Cruz.*

*R. Nº 67, de 04 de enero de 2013.*

### **PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL**

**No se puede sancionar disciplinariamente al impartidor de justicia por el criterio emitido en un fallo, decreto o providencia, el ámbito disciplinario no puede calificar la interpretación de los jurisdiccionales**

*“Consiguientemente no se puede sancionar a la Jueza porque la misma hubiera interpretado erróneamente el art. 68 del C.P.C. de tal manera que en esta instancia procesal no se observa agravio válido que hubiera sufrido la recurrente. Consiguientemente el régimen disciplinario no puede sancionar al administrador de justicia ordinaria por los criterios que este adopte en las resoluciones o providencias que se emitan ni porque se estime que su decisión es incorrecta o que la aplicación de la norma legal no es la adecuada, pues ello incumbe al ámbito jurisdiccional en el que la parte afectada tiene vías legales para impugnar o recurrir ante la misma autoridad jurisdiccional o una superior para lograr la revocatoria o modificación de una decisión judicialmente asumida”.*

Por tanto: **CONFIRMA en forma total.** Relatora: Consejera Dra. Wilma Mamani Cruz. R. N° 13, de 28 de enero de 2013.

## **PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL**

**Régimen Disciplinario del Órgano Judicial, no tiene competencia para procesar como faltas disciplinarias, actos jurisdiccionales, mismos que pueden ser revisados, sancionados y corregidos dentro la jurisdicción ordinaria o agroambiental, según corresponda.**

*“Régimen Disciplinario del Órgano Judicial, no tiene competencia para procesar como faltas disciplinarias, las actuaciones jurisdiccionales, mismas que pueden ser revisadas, sancionadas y corregidas dentro la misma jurisdicción ordinaria o agroambiental, según corresponda. En el caso de autos, el decreto de 9 de diciembre de 2011 que señalaba: “con carácter previo, notifíquese a las partes con todos los proveídos y resoluciones pendientes”, emitido por la autoridad denunciada, es un acto jurisdiccional propio del director del proceso, que no está comprendido dentro el alcance del art. 187 núm. 14) de la Ley N° 025 y si a ello se suma que la referida decisión expresada en el decreto de 9 de diciembre de 2011, fue omitido en su cumplimiento por el propio director del proceso, conforme señala la parte denunciante, este aspecto puede ser reconducido o saneado aplicando uno de los mecanismos procesales previstos en las normas adjetivas, aplicables al caso concreto, no pudiendo ser revisado el mismo en la vía administrativa disciplinaria”.*

Por tanto: **CONFIRMA en forma total.**

Relatora: Consejera Wilma Mamani Cruz. R. N° 24, de 26 de octubre de 2012.

## **PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL**

***El denunciante si no estuvo de acuerdo con la determinación del Juez Denunciado, tenía a su disposición los medios legales para impugnar la misma en la vía jurisdiccional***

*“La denunciante expresa que la Juez denunciada no hubiera imprimido el procedimiento correspondiente en el Código Penal ni hubiera atendido en forma oportuna la solicitud de aplicación de salida alternativa consistente en la suspensión condicional del proceso. Hechos que no fueron acreditados por medio de prueba. En consecuencia se debe tener establecido que en régimen disciplinario rigen el principio de independencia jurisdiccional, principio por el cual las actividades disciplinarias se ven impedidas de indicar guiar o imponer al juzgador ordinario la forma en la que este debe interpretar y aplicar la ley, es decir que no se puede sancionar disciplinariamente al administrador de justicia en razón al criterio emitido en el fallo, decreto o providencia por estimar que la decisión emitida por el Juez no es la apropiada o que la interpretación de la norma legal o valoración de la prueba no es la correcta.*

Por tanto: **CONFIRMA** totalmente.

Relatora: Consejera Dra. Wilma Mamani Cruz. R. Nº. 137, de 2 de agosto de 2013.

## **PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA – JUSTICIA ORDINARIA Y DISCIPLINARIA**

***Los hechos denunciados constituyen actos jurisdiccionales sobre los cuales el régimen disciplinario no tiene competencia alguna.***

*“La acción disciplinaria, se produce dentro de la relación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber, de una prohibición, la omisión o la extralimitación en el ejercicio de las funciones, (...) siendo su finalidad de*

*garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del Órgano Judicial, además de lograr que el actuar de los funcionarios judiciales se adecuen al catálogo de funciones, obligaciones y deberes que le enmarcan los preceptos legales que circunscriben el ejercicio de los cargos respectivos con miras a preservar la dignidad de la Justicia y promover su eficacia. Los hechos denunciados constituyen actos jurisdiccionales sobre los cuales el régimen disciplinario del Consejo de la Magistratura no tiene competencia alguna. Empero la parte denunciante cree que sus derechos fueron vulnerados, tiene las vías legales para formular su reclamo, empero respetando las reglas de competencia establecidas. “*

Por tanto: **CONFIRMA.**

Relator: Consejero Dr. Wilber Choque Cruz. R. N° 03, de 11 de enero de 2013.

#### **PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA – REGIMEN DISCIPLINARIO**

***El principio de independencia dentro del Régimen disciplinario no puede convertirse en una instancia de revisión de determinados actuados jurisdiccionales***

*(...) el Principio de independencia jurisdiccional, infiere que el régimen disciplinario, está imposibilitado de poder revisar dentro del ámbito disciplinario administrativo actuados enteramente jurisdiccionales, los cuales pueden ser sujetos de revisión, pero al interior de dichas jurisdicciones.*

Por tanto: **CONFIRMA en forma total**

Relatora: Consejera Dra. Wilma Mamani Cruz

R. N° 58, de 07 de enero de 2013

#### **RESPECTO AL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL**

***A los jueces disciplinarios les está reconocida la competencia en el plano administrativo disciplinario, no pudiendo realizar valoraciones respecto al contenido de las resoluciones judiciales.***

*(...) La labor jurisdiccional está reconocida por mandato imperativo constitucional a los jueces ordinarios quienes resolverán las causas sometidas a su competencia, en apego a la Constitución Política del Estado y normas legales en vigencia. A los jueces disciplinarios les está reconocida la competencia en el plano administrativo disciplinario tal como lo establece el art. 37 del acuerdo N° 75/2013, por lo que no les está reconocido en opinar ni analizar el contenido de las resoluciones judiciales de los ordinarios, ya que la misma está reservada a los recursos que las partes pueden interponer, que en el presente caso de manera errónea la juez disciplinaria recurrida estaría usurpando funciones que no le competen viciando de nulidad sus actos y la resolución recurrida. La resolución administrativa no puede crear resoluciones contrarias a la jurisdiccional, de ahí el principio de independencia jurisdiccional y administrativa o disciplinaria.*

*Por tanto: resuelve **REVOCAR parcialmente.***

*Relator: Consejero Dr. Roger Gonzalo Triveño*

*Herbas R. N° 195/2015 de 10 de junio.*

## **PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL**

### ***El Régimen disciplinario no ingresa a revisar decisiones jurisdiccionales.***

*(...) respecto al acápite 1, en el que alega retardación de la tramitación del proceso de quiebra de ORCOBOL, arguyendo que no se le cancelaron sus acreencias pese a existir \$us. 200.000.- para cuyo respaldo invoca el num. 14 del art.*

*187 de la Ley N° 025 del Órgano Judicial, que señala: ...Omitir, negar o retardar indebidamente la tramitación de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que están obligados” (sic.). De acuerdo a la norma transcrita y la revisión pormenorizada de obrados se establece que son aspectos relacionados al ámbito jurisdiccional y no al proceso disciplinario, debiendo tomar en cuenta que el Régimen disciplinario se sujeta al principio de independencia judicial, consiguientemente no se puede sancionar por las resoluciones emitidas en el proceso de quiebra de ORCOBOL, considerando que la parte afectada tiene las vías legales para impugnar las decisiones judiciales que considere que no son correctas.*

Por tanto: resuelve **CONFIRMAR totalmente.**

Relatora: Consejera Dra. Cristina Mamani  
Aguilar. R. N° 106/2015 de 10 de abril.

Asimismo, el **Reglamento de Procesos Disciplinarios** para la Jurisdicción Ordinaria y Agroambiental, aprobado mediante Acuerdo N°20/2018 emitido por el Consejo de la magistratura en su artículo 107 (rechazo de denuncia) lo siguiente:

***“Cuando la denuncia disciplinaria tiene por objeto que la Jueza o el Juez o Tribunal Disciplinario, revise decisiones jurisdiccionales, en virtud del principio de respeto a la independencia jurisdiccional, deberá rechazarse mediante resolución motivada, o cuando el hecho o acto denunciado, no constituya falta disciplinaria”.***

### **3.1.3. RESPECTO AL REGLAMENTO DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL MINISTERIO PUBLICO**

Conforme se observa por las faltas disciplinarias previstas en los art. 120 y 121 de la Ley Orgánica del Ministerio Publico, asimismo del Reglamento del Régimen Disciplinario del Ministerio Publico, no se evidencia la existencia de norma disciplinaria expresa, clara, precisa y sobre todo taxativa que responsabilice a un Fiscal por una resolución por la cual solicita detención preventiva de forma arbitraria e injusta en contra de un imputado.

Que al no existir responsabilidad disciplinaria para jueces y fiscales que emitan o soliciten respectivamente detenciones preventivas arbitrarias e injustas, mismas que no son sancionadas por la vía disciplinaria por faltas gravísimas o muy graves respectivamente que implique destitución de cargo.

Esto implica que los afectados exigir al Estado el cumplimiento del art. 113 de la Constitución Política del Estado.

Considero, que la penalización de las conductas arbitrarias e injustas incurridas por los Jueces y Fiscales es la solución para evitar detenciones arbitrarias e injustas.

Por otra parte, se debe considerar que si bien estas resoluciones de detención preventiva arbitrarias e injustas emitidas por los administradores de justicia, son revisadas por autoridades jurisdiccionales jerárquicas por mecanismos de control jurisdiccional y actividad procesal defectuosa previsto por el proceso penal, sin embargo, se debe tomar en cuenta que los daños y perjuicios ocasionados al imputado son irreparables.

En el entendido del derecho objetivo si se transgrede un derecho constitucional como ser el derecho a la libertad el ente que transgredió dicho derecho debe asumir responsabilidad penal porque téngase por entendido que la privación de libertad no se puede resarcir.

El instituto de la detención preventiva, aunque es un instrumento útil para la sociedad en su cometido de persecución del delito y del procesamiento de quienes los cometen, es de aplicación excepcional.

En la actualidad en el Estado Plurinacional no se hace mención a la procedencia de la indemnización para quien la sufre y una sanción penal para quien dicta o dispone la aplicación de la detención preventiva por lo cual se puede indicar que cuando ha sido revocado el auto de detención preventiva en razón de su dictado irregular o con arbitrariedad y, también, cuando la detención ha excedido un tiempo razonable, el cual se estima actualmente en dos años. Defendemos la inclusión de este deber de reparar entre los supuestos de responsabilidad del Estado por su obrar lícito y propiciamos el reconocimiento de los daños ocasionados en todos los casos en que haya sido ordenada, aun regularmente, contra una persona que luego no fue condenada en el proceso.

Uno de los aspectos, que me motivo a proponer a creación de una ley específica que responsabilice a jueces y fiscales por detenciones preventivas arbitrarias, injustas e ilegales, fue que esta Ley tendrá como **finalidad la prevención** y acabar con la impunidad de actos arbitrarios realizados por autoridades que administran justicia. Medida de prevención que considero necesaria para modificar las actuaciones arbitrarias e ilegales de los jueces y fiscales.

### **3.2. DEFICIENCIA DE LA REPARACIÓN DE DAÑO CIVIL EN LOS TRIBUNALES PENALES BOLIVIANOS.**

El texto constitucional de Bolivia no desarrolla con mayor precisión los elementos de la reparación a favor de las víctimas además que no se llegó a desarrollar normativa, ni institucionalmente el apoyo y asesoramiento a las víctimas de violaciones de derechos humanos referido por el texto constitucional.

El Código de Procedimiento Penal se limita a la restitución e indemnización sin prever la rehabilitación, las medidas de satisfacción y menos a las garantías de no repetición como parte integrante de la reparación por lo que la misma no es integral.

En un proceso penal no existe posibilidad de determinar la responsabilidad institucional del Estado lo que provoca que incluso la indemnización este únicamente a cargo del victimario de forma que si el mismo no cuenta con bienes o en su momento se deshizo de los mismos la víctima quedará burlado independientemente a la actividad u omisión del Estado.

La configuración de la etapa preparatoria del proceso penal boliviano se enfoca únicamente a la comisión del delito de forma que no incluye elementos

que de darse una sentencia condenatoria demuestren luego qué medidas son las apropiadas para determinar qué se dañó y cómo reparar.

La calificación de la indemnización no prevé el daño moral. El diseño del proceso penal boliviano re- victimiza, y como lo saben las víctimas, desalienta las denuncias por reparación de daños.

El marco normativo e institucional boliviano en materia penal no desarrolla la rehabilitación, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, en la calificación de la indemnización no se prevé el daño moral, no se consideran las particularidades culturales o de género y tampoco se considera la jurisprudencia de la Corte IDH a momento de disponer una reparación, de forma que la misma no es integral.

Respecto a la jurisprudencia respecto al resarcimiento del daño civil en la vía penal o inicio de una acción civil de reparación de daño, existe poco señalando Auto Supremo: 325/2013 de 24 de junio de 2013.

Por las razones antes señaladas, propongo el siguiente anteproyecto de ley  
**QUE ESTABLEZCA LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES Y FISCALES  
POR UNA DETENCIÓN PREVENTIVA ARBITRARIA E INJUSTA EN EL  
ORDENAMIENTO PENAL BOLIVIANO**

### **3.3. PROYECTO DE LEY**

#### **Proyecto de Ley N° \_\_**

La Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia que suscriben, en ejercicio del derecho de iniciativa en la formación de las leyes que les confiere el artículo 11 parágrafo II numeral 1. de la Constitución Política del Estado de Bolivia, pone a consideración el siguiente:

## **PROYECTO DE LEY**

La Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia:

Ha dado la siguiente Ley:

### **LEY QUE PRECISA LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES Y FISCALES**

#### **Artículo 1 (objeto)**

La presente Ley tiene por objeto establecer mecanismos y procedimientos en el marco de la Constitución Política del Estado, leyes y tratados internacionales, destinados a prevenir, investigar, procesar y sancionar a Jueces y Fiscales por Resoluciones de detención preventiva dispuestas o solicitadas respectivamente en forma arbitraria e ilegal que ocasionen daños irreparables al imputado.

Precisar que la detención preventiva sea aplicada como medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada, teniendo como un presupuesto o causal para imponerla, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con su naturaleza jurídica procesal; debiéndose ésta adoptar, desde la perspectiva de la subsidiaridad, cuando resulte imprescindible y no existan alternativas menos gravosas para conseguir sus finalidades; bajo responsabilidad administrativa, civil o penal de los jueces y fiscales; de acuerdo con los preceptos de la Constitución Política y los Tratados celebrados en vigor por el Estado.

#### **Artículo 2 (finalidad)**

La presente Ley tiene por finalidad la prevención y acabar con la impunidad por hechos arbitrarios e ilegales en detenciones preventivas dispuestas o

solicitadas respectivamente por Jueces y Fiscales que ocasionen daños irreparables al imputado.

**Artículo 3 (principios)** Los principios que rigen la presente Ley son:

**Independencia.** La función Judicial y Fiscal no están sometidas a ningún otro órgano de poder.

**Imparcialidad.** Los Fiscales y Jueces se deben a la Constitución Política del Estado, las leyes y resolverán sus asuntos sin inferencia de ninguna naturaleza.

**Imparcialidad en la Administración de Justicia.** Toda boliviano y boliviana tiene derecho a una pronta, efectiva y transparente administración de justicia.

**Legalidad.** Con sujeción a la Constitución Política del Estado los Jueces y Fiscales están sometido a las leyes de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas.

**Debido Proceso.** Atribuye que toda persona tenga derecho a un proceso justo y equitativo, en que sus derechos se adecuen a lo establecido en las disposiciones jurídicas.

**Verdad Material.** Obliga a las autoridades Jueces y Fiscales a fundamentar sus resoluciones con la prueba relativa solo a los hechos y circunstancias, tal como ocurrieron, en cumplimiento a sus garantías constitucionales.

**Ética.** Comportamiento del Juez y Fiscal conforme a los principios morales de servicio a la sociedad reflejados en honestidad, transparencia, integridad, probidad, responsabilidad y eficacia.

**Integridad.** Son los valores que deben reflejar en la conducta y comportamiento del Juez o Fiscal al desempeñar sus funciones con responsabilidad, disciplina, respeto, honestidad, rectitud y honradez.

**Probidad.** Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal.

**Responsabilidad.** El Juez o Fiscal responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones.

Debiendo observar los principios y las reglas de la conducta ética, ejecutar sus funciones con eficacia y calidad, satisfaciendo y respondiendo de forma continua las necesidades de la sociedad.

**Honestidad.** No buscar obtener algún provecho o ventaja personal o a favor de terceros, ni tampoco buscando o aceptando compensaciones, favores o prestaciones de cualquier persona u organización que pueda comprometer su desempeño como servidor.

**Transparencia.** Ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El Juez o Fiscal debe brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna.

#### **Artículo 4 (ámbito de aplicación)**

La presente Ley se aplica a Fiscales y Jueces por detenciones preventivas arbitrarias e ilegales que ocasionen daños irreparables a los imputados.

#### **Artículo 5**

La responsabilidad penal de los Jueces o Fiscales por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones, respecto a detenciones preventivas arbitrarias e ilegales, se exigirá conforme a lo dispuesto en esta Ley.

#### **Artículo 5**

El juicio de responsabilidad penal contra Jueces o Fiscal por detenciones preventivas arbitrarias e injustas, podrán iniciarse por disposición de un tribunal, autoridad competente o en virtud de denuncia del Consejo de la Magistratura o del perjudicado u ofendido.

#### **Artículo 6**

Cuando autoridades jurisdiccionales, por razón de causas que conozcan o por cualquier otro medio, tuviere noticia de algún acto irregular de Jueces o Fiscales relacionados con detenciones preventivas arbitrarias e indebidas, que pueda calificarse de delito, remitirá antecedentes a la instancia respectiva.

#### **Artículo 7**

Cuando el Consejo de la Magistratura, el Gobierno u otro órgano o autoridad del Estado o de una Comunidad Autónoma considere que un Juez o Fiscal ha realizado, en el ejercicio de su cargo, un hecho que puede ser constitutivo de delito relacionado a detenciones preventivas arbitrarias, pondrá en conocimiento del Ministerio público.

#### **Artículo 8**

Los Jueces y Fiscales están sujetos a responsabilidad disciplinaria en los casos y con las garantías establecidas en esta Ley.

#### **Artículo 9**

La responsabilidad disciplinaria sólo podrá exigirse por la autoridad competente, mediante el procedimiento establecido en esta ley y concorde con la Ley 025 y la Ley 260.

#### **Artículo 10**

Las faltas cometidas por los Jueces y Fiscales en el ejercicio de sus cargos podrán ser muy graves, graves y leves conforme indica el Art. 185 de la Ley 025 y el art. 118 de la Ley 260

### **Artículo 11**

Las sanciones administrativas y punitivas que se pueden imponer a los Jueces y Fiscales por faltas cometidas en el ejercicio de sus cargos con respecto a detención preventiva arbitrarias e ilegales son:

- a) En caso de que exista una solicitud de detención preventiva por el fiscal sin adjuntar a la misma elementos de convicción como refiere el Art. 233 de la Ley del CPP en concordancia con la Ley 1173 se le advertirá al representante del ministerio público que rectifique su petición conforme a los procedimientos objetivos.
- b) En caso de que el fiscal nuevamente solicite la detención preventiva sin rectificar lo advertido en el inciso a) del presente se le impondrá una multa de 2200 ufvs y quedara sin efecto la solicitud.
- c) Destitución definitiva del cargo sí que el juez o fiscal ya tiene más tres denuncias por corrupción relacionados con resoluciones de detención preventiva arbitrarias e ilegales contrarias a la Constitución Política del Estado por parte del juez.
- d) En caso de que exista una **solicitud de detención preventiva** por parte del **fiscal** sin adjuntar a la misma elementos de convicción como refiere el Art. 233 de la CPP en concordancia con la Ley 1173 y la misma no sea observada por la autoridad jurisdiccional y se da cumplimiento privando de libertad al imputado y terminado el proceso bajo sentencia resultare que hubo una detención ilegal e infundada tendrá efecto la presente Ley sancionando al fiscal con una pena de 2 a 4 años de privación de libertad y una reparación del daño civil de 21000 ufvs que se le transfiera al ofendido.

e) En caso de que la **autoridad jurisdiccional** no hubiese valorado con objetividad los elementos de convicción que presente el ministerio público para solicitar la detención preventiva y a raíz de eso se emane una resolución de aplicación de la privación de libertad al imputado que terminado el proceso bajo sentencia resultare que hubo una detención ilegal e infundada tendrá efecto la presente Ley sancionando al Juez con una pena de 2 a 6 años de privación de libertad conforme el art. 173 del CP y una reparación del daño civil de 21000 ufvs que se le transfiera al ofendido.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES**

#### **CONCLUSIONES**

Se debe considerar que Bolivia es el tercer país con tasa más alta de detenidos preventivos en las Américas, donde siete de cada 10 internos de las cárceles no tienen sentencia. El abuso de la detención preventiva en el país ocurre por parte de los jueces, quienes determinan la medida preventiva del imputado y los fiscales quienes requieren la detención preventiva.

Muchas veces las detenciones preventivas arbitrarias e injustas se dan por presiones que hacen que no se respete la independencia de los jueces y fiscales los factores como el político y mediático concluyen para afectar la independencia judicial al momento de dictar una resolución de detención preventiva, el Juez y Fiscal se dejan llevar por la presión externa para emitir sus fallos.

Las autoridades que administran justicia, no toman en cuenta que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga, indicios que deben ser basados en hechos específicos no en meras conjeturas o instituciones abstractas. Por lo que se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, solo está autorizado a privar su libertad de una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevar a juicio.

Asimismo, la motivación de una decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho a la defensa. El efecto la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente y tomar en cuenta los argumentos de las

partes, y el conjunto de las pruebas ha sido analizado rigurosamente, más aún si se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado.

Las resoluciones emitidas por parte de los Jueces y Fiscales disponiendo o solicitando detención preventiva deben ser motivadas lo que es lo mismo debidamente fundamentadas, lo que significa que tanto el fiscal o los jueces que conozcan el proceso penal, sea en control jurisdiccional o para resolver de fondo, deberán dictar sus requerimientos o resoluciones cumpliendo las exigencias previstas por ley.

Si no proceden de esta manera y dictan resoluciones carentes de motivación, resulta obvio que su decisión será arbitraria y considerada subjetiva e injusta, pues el imputado no podrá entender y menos saber la razón jurídica de la decisión, causando un daño irreparable.

En respuesta a los objetivos trazados se puede establecer las siguientes concreciones:

“Determinar los antecedentes de la responsabilidad de los Jueces”

Con respecto a los antecedentes de la responsabilidad de jueces y Fiscales se ha podido observar en la tesis de que en Bolivia existen antecedentes de resoluciones de detención preventiva contrarias, arbitrarias e ilegales que emiten los jueces a petición de fiscales, motivo por el cual se ve por conveniente realizar el estudio y se concluye que si existe una responsabilidad que la misma no es sancionada punitivamente más al contrario solamente existen sanciones administrativas que no dan lugar a una efectivización de la justicia.

“Conceptualizar que es responsabilidad penal, responsabilidad civil y responsabilidad disciplinaria”

Con respecto a la conceptualización de responsabilidad penal, responsabilidad civil y responsabilidad disciplinaria en el contexto de la tesis se ha podido

observar la connotación que tiene cada uno de estos conceptos y la importancia de los mismos en la presente tesis toda vez de que se quiere demostrar que existe una gran diferencia, una entre otra lo que se ha caracterizado para poder realizar la presente ley.

“Teorizar la importancia de la prisión preventiva en un proceso”

Como vimos, el sistema penal pone en evidencia el temor de rebeldía procesal, que se convierte en una paranoia de fuga. Para superar este razonamiento es fundamental tener en cuenta que la libertad es un derecho y no un beneficio, si se entiende correctamente esto, no haría falta detener siempre a una persona para investigar, como así también se podrían usar medidas sustitutivas de la prisión preventiva, antes de imponerla desde un primer momento y, si es que resulta necesaria, acudir obligatoriamente a una razonada y sólida fundamentación.

“Analizar la normativa existente respecto a la responsabilidad que debe asumir un Juez y Fiscal al momento de emitir una resolución de detención preventiva arbitraria e ilegal ya sea disponiendo o solicitando respectivamente”

Lamentablemente, nada más alejado de la realidad. Debido al tenso equilibrio que existe hoy en día entre el principio de inocencia; y la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad, parece romperse este fundamento principal, dado a la petición social de mayor seguridad y castigo, y como secuela de la misma, el encarcelamiento preventivo, tiende a responder a otros fines, por lo que de esta manera se proporciona a la ciudadanía la sensación de que, con la imposición de una prisión preventiva, se soluciona el problema o por lo menos se lo reduce, y es esta situación es la que produce el uso Abusivo de la Prisión Preventiva.

“Proponer las bases jurídicas para la creación de una Ley que precise la prisión preventiva y establezca responsabilidad a Jueces y Fiscales por detención preventivas arbitrarias e injustas”.

De lo señalado precedentemente, se puede deducir que existen suficientes motivos, para crear una ley que responsabilice el actuar de los jueces y fiscales por resoluciones injustas y arbitrarias que emitan, y deriven en una detención preventiva de una persona inocente, vulnerando de esta manera derechos constitucionales por lo cual dichas las autoridades injustas que emiten resoluciones arbitrarias comenten no solo una falta disciplinaria, sino un delito que debe ser sancionado penalmente.

Así pues, la aportación principal de este trabajo consiste en proponer una ley que establezca la responsabilidad de los Jueces y Fiscales que dispongan o soliciten respectivamente una detención preventiva arbitraria, injusta e ilegal que bien siendo utilizada de manera discrecional sin considerar que un proceso penal debe desarrollarse en estricta observancia de los derechos humanos y con respecto al principio de inocencia.

Creación de esta ley que responsabilice a jueces y fiscales por detenciones preventivas arbitrarias e injustas, cuya finalidad principal es la prevención y acabar con la impunidad de las mencionadas autoridades, terminar con las detenciones preventivas arbitrarias e injustas que causan daños irreparables al imputado, situación del imputado se agrava cuando este es derivado a la cárcel por que debe afrontar y someterse a condiciones inhumanas de los centros penitenciarios, actuaciones de autoridades jurisdiccionales y de representantes del Ministerio Publico que deben ser responsabilizadas penalmente.

Asimismo, la conclusión que se deriva del trabajo de investigación es que se establecido la inexistencia de una norma específica, taxativa, clara y precisa que responsabilice y tipifique el accionar de los jueces y fiscales que disponen

o soliciten respectivamente una detención preventiva arbitraria e ilegal, autoridades que actúan de manera discrecional.

Asimismo, en el proyecto de ley se tomó en cuenta los principios esenciales y morales que deben sustentar el proyecto de ley que son independencia, imparcialidad, legalidad, debido proceso, verdad material, ética, integridad, probidad, responsabilidad y honestidad.

Se debe considerar que el Juez y Fiscal cuando determina o solicita respectivamente una detención preventiva, dicha resolución deberá contener una **motivación suficiente** que permita evaluar si tal detención preventiva se ajusta a las condiciones necesarias para su aplicación indicios razonables que vinculen al acusado, fines legítimos, aplicación excepcional, y **criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad**.

Por otra parte, el Juez y Fiscal cuando determina o solicita respectivamente una detención preventiva, deberá contar con un comportamiento conforme a los principios morales de servicio a la comunidad, reflejados sobre todo en valores de honestidad, transparencia, integridad, probidad, responsabilidad y eficiencia, principios que fueron tomados en cuenta en el presente trabajo.

## **RECOMENDACIÓN**

Dentro del presente proyecto tan ambicioso como fue este, siempre se desea que haya una mejora continua del mismo, por tanto, se recomienda a futuros estudiantes que tengan interés en el presente proyecto la complementación del proyecto de ley con más artículos pertinentes al tema.

Asimismo, con el presente estudio se recomienda al lector que tome en cuenta la perspectiva jurídico aplicable para tomar nota y analizar que en la actualidad en Bolivia hay una carencia de normativa con respecto a los jueces y fiscales con sus decisiones contrarias e inconstitucionales cuando se trata de la

detención preventiva puesto que se tiene que ser transgrede el derecho a la libertad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALVEAR TÉLLEZ, JULIO. El honor ante la jurisprudencia constitucional elementos para un debate en torno al conflicto de derechos fundamentales, Vol. 26, Nº 1, Santiago – Chile, 1999.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARIA. La prisión provisional, Editorial Civitas, Madrid - España, 1987.

ARENAL, CONCEPCIÓN. Estudios Penitenciarios, 20. Edición Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1877.

BOVINO, ALBERTO. Prisión Cautelar, El fallo Suárez Rosero, 1994.

CEA EGAÑA, JOSÉ LUÍS. Manual de derecho constitucional. Tomo II. Ed. Santiago Pontificia Universidad Católica. Santiago 1996.

CUELLO CALÓN, EUGENIO. Derecho Penal. México, Ed. Nacional, 1951, 9ª Ed. Madrid, 1971.

CADETODIMBA, JEAN. Logros Alcanzados y ajustes pendientes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

COLAUTTI, CARLOS. Derechos Humanos, 2ª edición, Ed. Universidad S.R.L. - Buenos Aires, 2000.

DE GONZÁLEZ, MARISCAL ISLA OLGA. La Prisión preventiva: Doctrina y constitución Mexicana, Procuraduría General de la Republica, Obra jurídica Mexicana, México 1978.

DICCIONARIO JURÍDICO “OMEBA”. Disco Compacto, 2004.

ELLUL, JACQUES. Historia de las instituciones de la antigüedad, Trad. por Francisco Tomás. Madrid, Ed. Aguilar, 1970

FLORES MONCAYO, JOSÉ. Derecho Procesal Penal. Ed. UMSA 1ª edición.1976.

GARCÍA FERAUD, GALO. El daño moral, anotaciones bibliográficas y jurisprudencia con breves comentarios, Ed. Depalma, 1ra edición, 1989.

GARCÍA MENDOZA, HERNÁN: La responsabilidad extracontractual del Estado: Indemnización por error judicial. Santiago-Conosur, 1997.

GUTIÉRREZ LOAYZA, OCTAVIO. Trazos de Forense Penal. Ed. Colección literaria 2Caden. Sucre-Bolivia 2004.

HERNANDEZ SAMPIERI, ROBERTO; FERNANDEZ COLLADO, CARLOS;  
PILAR BAPTISTA, LUCIO. Metodología de la Investigación, Segunda edición, Ed. McGraw-Gill, México.

HERRERA ÁÑEZ, WILLIAM: DERECHO PROCESAL PENAL (El nuevo proceso penal), Ed. Universitaria, Santa Cruz de la Sierra-Bolivia, 1999.

LEVENE, RICARDO (Hijo). El debido proceso y otros temas. San José, 1981.

MARTINEZ RAVE, GILBERTO. La responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Segunda Edición. Medellín – 1984.

MINVIELLE, BERNADETTE. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Editorial Bosh Barcelona 1983.

MELGUIZO, G. Esbozo sobre la detención preventiva en Colombia, en: Revista de la comisión Internacional de juristas, vol. Núm. 2, 1961.

ORTEGA, S. ALEJANDRO. Código de Procedimiento Penal. Ed. Bolivia Dos Mil, La Paz – Bolivia. 1990.

OSSORIO, MANUEL. "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales".

Editorial Heliasta, Buenos Aires 1997.

PARDINAS, FELIPE. Metodología y Técnicas de Investigaciones en Ciencias

Sociales, Ed. Siglo XXI, D.F. México, 1979.

PASTOR, DANIEL R. El nuevo código procesal penal de la Nación. Análisis crítico. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pág. 44.

PINTO, MÓNICA. "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos"; Ed. Del Puerto, 1997.

POMAREDA, CECILIA. Código de Procedimiento Penal. GTZ. La Paz - Bolivia. 2003.

RAMOS, MÉNDEZ F. El proceso penal, 3ª Lectura constitucional, J.M. Bosch Editor S.A. 1993.

SUÁREZ SAAVEDRA, CÉSAR. Crítica al Código de Procedimiento Penal Boliviano. Sucre – Bolivia 2004.

