

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

P.E.T.A.E.N.G.



TRABAJO DIRIGIDO

**“LA DETENCION DOMICILIARIA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL EN LAS
MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES POR LA PRESENCIA DEL COVID-19
EN NUESTRO PAÍS”**

POSTULANTE : Ivar Héctor Alemán Alemán.

TUTOR : Dr. Boris Wilson Arias López.

LA PAZ – BOLIVIA

2023

Dedicatoria

A la memoria de mis padres, que me dieron lo mejor de su vida, en mi educación, e impulsaron a mis años de estudio en la Universidad.

Agradecimientos

Mi gratitud y reconocimiento a DIOS que me dio la vida, a la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS que me cobijo y me brindo la posibilidad de desarrollar una Carrera Universitaria, a los Docentes que contribuyeron con su alto espíritu de enseñanza y dedicación en mi formación profesional.

Índice

CAPITULO I.....	2
INTRODUCCIÓN	2
2. FUNDAMENTACION O JUSTIFICACION DEL TEMA.....	4
3. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE LA INVESTIGACIÓN	5
3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA	5
3.2. DELIMITACION ESPACIAL.....	5
3.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	5
4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	5
5. IDENTIFICACION DEL PROBLEMA	6
6. OBJETIVOS.....	6
5.1. OBJETIVO GENERAL.....	6
5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	6
CAPITULO II.....	7
MARCO HISTÓRICO.....	7
1. Antecedentes de medidas cautelares en el Código de Procedimiento Penal.....	8
CAPITULO III.....	15
MARCO TEÓRICO.....	15
1. IUS PUNIENDI DEL ESTADO.....	15
1.1. FUNDAMENTO DEL IUS PUNIENDI ESTATAL.....	15
1.2. TITULAR DE IUS PUNIENDI.....	16
2. GARANTIAS CONSTITUCIONALES.....	17
3. FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y DOCTRINALES.....	17
4. DEFINICIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	17
5. JUSTIFICACIONES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	19
6. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	21

7.	CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	22
8.	MEDIDA CAUTELAR LEGAL.....	24
8.1.	EL ARRAIGO.....	24
9.	MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER REAL.....	25
9.1.	LA ANOTACIÓN PREVENTIVA.....	25
9.2.	EL EMBARGO PREVENTIVO.....	25
9.3.	EL SECUESTRO.....	25
10.	LA INTERVENCIÓN JUDICIAL.....	26
10.1.	LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR.....	26
10.2.	La Prohibición de Contratar sobre Determinados Bienes.....	26
11.	CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR.....	26
12.	EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUS OBJETIVOS.....	27
13.	EL DERECHO PENAL Y SUS OBJETIVOS.....	27
14.	DERECHO PROCESAL PENAL Y SUS OBJETIVOS.....	28
15.	SISTEMAS DEL PROCESAMIENTO PENAL.....	29
a)	Sistema acusatorio.....	30
b)	Sistema inquisitivo.....	30
c)	Sistema acusatorio formal o mixto.....	31
15.1.	EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO ORAL BOLIVIANO.....	32
16.	EL HACINAMIENTO EN LAS CARCELES BOLIVIANAS.....	35
16.1.	CONDICIONES SANITARIAS.....	37
16.2.	LA ALIMENTACIÓN.....	39
17.	LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA.....	40
17.1.	Los derechos humanos en el camino de la prisión preventiva.....	41
17.2.	La jurisprudencia de la CIDH.....	45
17.3.	El tratamiento de la problemática.....	48
18.	La CIDH frente a la pandemia del COVID-19 y la situación especial de riesgo	

que enfrentan las personas privadas de libertad.....	49
CAPITULO IV	55
MARCO JURÍDICO.....	55
1. DERECHO COMPARADO	57
2. DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES	61
2.1. LA CARTA DE SAN FRANCISCO.....	63
2.2. DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	63
2.3. DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.....	64
2.4. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	65
2.5. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.....	66
CAPITULO V.....	69
CONCLUSIONES	69
PROPUESTA DEL TRABAJO DIRIGIDO.....	72
BIBLIOGRAFÍA.....	77
ANEXOS.	

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

En Bolivia y en el mundo se pudo ver un fenómeno trascendental por una enfermedad respiratoria de alta complejidad causada por un virus denominado COVID-19, el cual ha sido considerado una pandemia, siendo la propagación de persona a persona, las infecciones por este COVID-19 en humanos por lo general provocan síntomas respiratorios, como secreción nasal, dolor de garganta, tos y fiebre, esto por estar en contacto directo con secreciones o gotitas respiratorias que contienen virus. En consecuencia, las medidas preventivas de seguridad para evitar la propagación del COVID-19, ayudará a disminuir el nivel de contagios a nivel mundial.¹

A principios de la pandemia, se identificaron los primeros casos de neumonía de origen desconocido en Wuhan, la capital de la provincia de Hubei en China. El patógeno se identificó como un nuevo betacoronavirus de ARN que actualmente se ha denominado coronavirus del síndrome respiratorio agudo severo (SARS-CoV2), por su similitud con el SARS-CoV-2022).

Ante ello la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el 11 de marzo del 2020 la enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19) como una pandemia por los niveles alarmantes por la trasmisión, gravedad e inacción. Según la OMS, luego de una ardua investigación obtuvo las pruebas bastante contundentes de que el brote se originó por exposiciones en un mercado de pescados y mariscos de la ciudad de Wuhan, donde la mayoría de los casos infectados fueron trabajadores del mismo mercado mayorista de pescado y mariscos, o bien manipuladores o visitantes habituales del mercado, esta situación se llevó a cabo el cierre del mercado el 1 de enero del 2020 para la limpieza ambiental y desinfección, cabe resaltar que los vendedores de dicho mercado no contaban con las medidas de prevención y protección para la venta de insumos de alimentos, además, se evidenció que existía hacinamiento y una inadecuada

limpieza entre los vendedores en dicho mercado.²

Esta enfermedad COVID-19 tiene una rapidez de transmisión, lo que significa grandes problemas, ya que incluso los países con sistemas de salud avanzados se han visto colapsados por la gran cantidad de casos. Siendo que el COVID – 19, para los sistemas nacionales de salud e internacionales se ha convertido en un gran reto, por sobre todo en los países de medianos y de bajos recursos. Ante esta problemática se debe prevenir y retrasar la propagación del virus para que grandes sectores de la población no estén contagiados al mismo tiempo. Por ello, la OMS insistió a fortalecer la vigilancia eficaz de casos, la detección temprana, el aislamiento y manejo de los casos, el seguimiento de los contactos y la prevención de la propagación del nuevo virus.

Durante la pandemia de COVID-19, los centro penitenciarios se enfrentaron a la dificultad de brindar acceso, cobertura y respuesta oportuna a las necesidades de la población que cumplen condena, y en particular, en las personas enviadas a estos con medidas sustitutivas, es por eso que esta investigación se centra en el riesgo existente y al alto índice de casos elevado del COVID-19, además de presentar las consideraciones necesarias sobre la capacidad resolutoria ante la pandemia para su respectiva intervención en atención jurídica pronta y adecuada en el nivel comunitario.

¹ Castañeta, S. (2020). *“Conocimiento sobre medidas preventivas frente al covid-19 en comerciantes del mercado de Villa Maria del perpetuo socorro”*. Tesis Universidad Norbert Wiener.

² Organización Mundial de la Salud [O.M.S.], 2020. “Informe sobre Nuevo coronavirus- China.2020”. Disponible en: [https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-](https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel)

2. FUNDAMENTACIÓN O JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

En la actualidad el mundo atraviesa por una enfermedad respiratoria de alta complejidad causada por un virus denominado COVID-19, el cual ha sido considerado una pandemia, siendo la propagación de persona a persona. Las medidas preventivas de seguridad para evitar la propagación del COVID-19, ayudará a disminuir el nivel de contagios a nivel mundial. Es el caso de las medidas cautelares como medida excepcional sea esta viabilizada en detención domiciliaria, teniendo en cuenta la gravedad y peligrosidad del alto contagio que tiene y que aporta una persona con COVID 19.

En atención al luto y dolor que causa la presencia del COVID -19 en nuestro país, la finalidad última del presente trabajo dirigido, y de apreciación personal, es proponer la aplicación excepcional y transitoria de la detención domiciliaria, en las medidas cautelares personales donde la detención preventiva se constituye en la regla general aplicable, tanto a delitos que revisten mayor gravedad así como a los de menor gravedad, cuyo efecto inmediato es la privación de libertad de los responsables en los centros penitenciarios, donde el hacinamiento carcelario es sumamente preocupante, convirtiéndose en un caldo de cultivo para la propagación del COVID -19, cuyo contagio se produce de persona a persona, con resultados fatales.

Asimismo tengo la esperanza que el presente trabajo se constituya en un precedente para futuras emergencias epidemiológicas de esta naturaleza precautelando la salud pública general.

Recordemos que la detención domiciliaria es una medida cautelar personal, establecida en el art. 231 bis inc.9 del CPP.

Sin dejar de lado el carácter restrictivo de la detención preventiva, en los delitos que revisten mayor gravedad, tales como violaciones, feminicidios, asesinatos, etc. Considerando la peligrosidad de los responsables, que se constituyen en un peligro latente para la sociedad.

Propugnamos las aplicaciones de medios electrónicos, tales como brazaletes, tobilleras de alta seguridad, para asegurar de forma estricta el cumplimiento de la detención domiciliaria, sin que exista posibilidad alguna de que esta medida excepcional transitoria pueda ser vulnerada.

Proponemos la aplicación de esta medida excepcional al amparo del art. 7 del CPP.

3. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

- Se enmarca dentro del Derecho comparado entre el Derecho Penal y Derecho Internacional Humanitario.

3.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL

- La investigación se llevará adelante en la Penitenciaría de San Pedro de la ciudad de La Paz.

3.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

- En cuanto al tiempo de la investigación debido a que es un tema actual, se analizará los diferentes aspectos positivos y negativos desde promulgación de los decretos promulgados en nuestro país conjuntamente con la aparición del virus Covid – 19 desde el año 2019 hasta la fecha actual.

4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

- ¿En las medidas cautelares personales cuál es el grado de peligrosidad en personas que portan el virus Covid-19?

5. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Ciertamente, la prisión preventiva es una medida cautelar excepcional, la cual no se trata de emitir una sentencia condenatoria definitiva, sino que se podría

conceptualizar como un proceso de instrumentalización del ius puniendi en sede procesal penal; en otras palabras, esto quiere decir que esta es una medida coercitiva, que consiste en privarle la libertad a una persona, y tratarla como un sentenciado, cuando no lo es, ya que esta aún sigue siendo sometida a una investigación y sigue teniendo el título de presunto inocente. Sin embargo, lo que se critica es el uso excesivo de esta, debido que el modo de emplearla de manera no excepcional y no la medida coercitiva en su esencia. Esta además de reflejar la evidente deficiencia que padece la administración de justicia en nuestro territorio, también, muestra otro problema no menos importante, como es el hacinamiento penitenciario como vemos en estos tiempos de pandemia es de vital importancia el estudio del mismo a la Detención Domiciliaria como Medida Excepcional en las Medidas Cautelares Personales por la presencia del Covid-19 en nuestro País (Cornejo, D. y Rafael, M. 2020, p.74).

6. OBJETIVOS

6.1. OBJETIVO GENERAL

- Proponer la aplicación excepcional de la Detención Domiciliaria como medida excepcional en las Medidas Cautelares Personales durante la presencia del Covid-19 en nuestro país.

6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar la problemática actual del uso sistemático y arbitrario de la detención preventiva, ligada por relación al COVID-19 en Bolivia.
- Describir el impacto negativo del uso de la detención preventiva durante la coyuntura con relación a la pandemia COVID-19, en atención al hacinamiento carcelario existente en las penitenciarías del país.
- Detallar la conceptualización de la detención domiciliaria, establecida en atención a la promulgación de la Ley N.- 1173.

CAPÍTULO II

MARCO HISTÓRICO

En el derecho romano, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las que hoy en día se conocen. Para la Pignoris Capio, era un procedimiento que consistía en la toma que realizaba el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo, obligarle al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis actiones, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los públicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio, también constituía un medio de coacción del que gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Las legis actiones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda.³

En consecuencia, en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y

gravar y con el secuestro.

1. Antecedentes de medidas cautelares en el Código de Procedimiento Penal

Las modificaciones que han sido introducidas por la Ley N° 2494 conocida como ley del Sistema de Seguridad Ciudadana de 4 de agosto del 2.003, al Régimen de Medidas Cautelares del actual Código de Procedimiento Penal son:

- Amplia los criterios por medio de los cuales el juez puede valorar el riesgo de fuga y el peligro de obstaculización,
- Faculta al juez a imponer una detención preventiva, ante el peligro que el imputado reincida y cometa nuevos delitos (lo que implica la verificación previa de que el imputado ha cometido un delito en el pasado).
- Faculta al juez a cambiar una medida sustitutiva, llámese detención domiciliaría, presentación periódica, arraigo entre otras por una detención preventiva, ante la denuncia por la comisión de otro delito.⁴

Estas facultades que la mencionada ley le reconoce al juez penal, tienen las siguientes finalidades: Evitar la reincidencia, prevenir la comisión de delitos, y luchar contra la delincuencia. Todas finalidades muy importantes para el Estado y la Sociedad, pero que no son parte de los fines de las medidas cautelares: averiguar la verdad sobre el delito y que lesionan el derecho de los ciudadanos a ser tratados como inocentes hasta que no exista una sentencia condenatoria en su contra, una sentencia que declare su culpabilidad en el hecho concreto que motivo el inicio de ese proceso.

³Ramírez, R. (2009). "Las medidas cautelares en la persecución penal" Sucre – Bolivia:

Tesis – U.M.R.P.S.F.X.CH.

⁴ Calamandrei, P (1964). Providencias Cautelares. Editorial Bibliográfica. Buenos Aires Argentina. 1964.

Emergente a la reforma constitucional llevada a cabo el año 2009, se ha incorporado en nuestra Constitución Política del Estado la Creación del Tribunal Constitucional, que ha generado una gran expectativa en la población en su conjunto, que en su momento se constituye en una luz de esperanza para el mejoramiento de la administración de justicia, la preservación del Estado de Derecho y la defensa de los derechos y garantías fundamentales, esencialmente para la consolidación de la democracia basada en el imperio de la Constitución y las leyes.

Ahora, según la doctrina del derecho procesal constitucional, el control de la constitucionalidad es la acción política o jurisdiccional que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la constitucional, la que debe ser acatada y cumplida por gobernantes y gobernados, y que tiene como única finalidad hacer prevalecer los derechos fundamentales y las garantías judiciales de nuestro Estado democrático de Derecho.

Por otra parte es necesario establecer que debemos entender por precedente, al respecto sin ingresar en una compleja discusión teórica, se puede señalar que el precedente constituye la experiencia del pasado, que debe servir para los hechos actuales y futuros, en este caso de la forma de resolución e interpretación de la norma y tomando en cuenta la supremacía constitucional prevista en el art. 410 inc. II de nuestra C.P.E., que señala que “La Constitución Política del estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico boliviano.

Los Tribunales, jueces y autoridades la aplicaran con preferencia a las leyes, y estas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones” y establecida al sistema jurídico al cual se adscribe nuestra economía legal que deviene de la Escuela Romana Germánica Latina, donde se tiene que solo la ley es la única fuente creadora del Derecho, podemos afirmar en forma categórica, que solo la ley es la que crea el derecho y no así los precedentes establecidas como la experiencia del pasado, para resolver un caso de similar connotación y analogía de hechos, que en este caso el precedente solo tendrá en nuestra legislación a criterio de este

autor, que solo interpretara la aplicación objetiva de la ley, sin hacer que la misma sustituya la norma, excepto el sometimiento al control constitucional establecida en la ley 1836 conocida como Ley del Tribunal Constitucional, por imperio de los arts. 119-121 de la Constitución Política del Estado, cuyas determinaciones establecidas en Sentencias Constitucionales, tienen el carácter o fuerza vinculante⁵, de que tanto autoridades políticas, administrativas y judiciales deben acatarla y cumplirla conforme así lo señala el art. 44 de la ley 1836.

El Tribunal Constitucional, como lo antes señalado, ha establecido, que la aplicación de la medida cautelar de carácter personal constituye una medida excepcional donde la detención preventiva se adoptará en forma excepcional, siendo la regla la adopción de medidas sustitutivas a la misma, teniendo ella como base legal lo previsto en el art. 7º del C.P.P. que señala “La aplicación de medidas cautelares establecidas en este Código, será excepcional. Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a este”; asimismo la finalidad y alcance de las medidas cautelares se halla establecida en el art. 221 del C.P.P., que señala “ La libertad Personal y los derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y este Código, solo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley”, ella deviene de un principio de Proporcionalidad fundada en la ponderación de derechos y garantías así como la razonabilidad en la aplicación de una medida cautelar.

⁵ Ramírez, R. (2009). “las medidas cautelares en la persecución penal” Sucre – Bolivia:
Tesis – U.M.R.P.S.F.X.CH.

Las normas que autorizan medidas restrictivas de derechos, se aplicarán e interpretarán de conformidad con el art. 7º del Código de Procedimiento Penal, esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundamentada, según lo reglamente el Código, y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación a este acto se la conoce como acto instrumental y provisional de la Medida Cautelar.

Por otra parte el art. 222 del C.P.P., establece “Las medidas cautelares de carácter personal, se aplicarán con criterio restrictivo y se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados. Las medidas cautelares de carácter real serán las previstas en el Código de Procedimiento Civil y se impondrán únicamente en los casos expresamente indicados por este Código”, teniendo las medidas cautelares un carácter instrumental y que están dirigidas a lograr la eficacia de la coerción penal estatal, al intentar asegurar con su aplicación: 1) la averiguación de la verdad, 2) el desarrollo del proceso penal, y 3) el cumplimiento de la ley (ejecución de la sentencia); todo ello bajo la idea de que sin su adopción, la labor de defensa social del Estado, expresada en la persecución penal, no sería de modo alguno eficaz; diferenciándose así, plausiblemente, de otras legislaciones que le asignan además de aquellos, fines de prevención general y especial. Por otra parte el art. 232 del C.P.P- Sobre la Improcedencia de la Detención Preventiva, prevee “No procede la detención preventiva:

1. En los delitos de acción privada;
2. En aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad;
3. Cuando se trate de personas con enfermedad en grado terminal, debidamente certificada;
4. Cuando se trate de personas mayores de sesenta y cinco (65) años;
5. en los delitos sancionados con pena privativa de libertad, cuyo máximo legal sea inferior o igual a cuatro (4) años;
6. En los delitos de contenido patrimonial con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior o igual a seis (6) años, siempre cuando no afecte otro bien jurídico tutelado;

7. Cuando se trate de mujeres embarazadas.

8. Cuando se trate de madres durante la lactancia de hijos menores de un (1) año; y,

9. Cuando la persona imputada sea la única que tenga bajo su guarda, custodia o cuidado a una niña o niño menor de seis (6) años o a una persona con grado de discapacidad que le impida valerse por sí misma.

II. En los casos previstos en el párrafo precedente, y siempre que concurren los peligros de fuga u obstaculización, únicamente se podrá aplicar las medidas previstas en los numerales 1 a 9 del Artículo 231 bis del presente código.

De manera precisa en qué supuestos no procede la detención preventiva, para luego en el artículo 233, predeterminar los casos y requisitos para la procedencia de esta medida cautelar de la detención Preventiva que establece “que 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: 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 y 3) El plazo de duración de la detención preventiva solicitada y los actos investigativos que realizara en dicho término, para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la Ley. En caso que la medida sea solicitada por la víctima o el querellante, únicamente deberá especificar de manera fundamentada el plazo de duración de la medida. A su vez, en desarrollo y complementación de la segunda exigencia del aludido art. 233 del CPP, el legislador optó por fijar parámetros objetivos en los que debe basarse el juez para decidir sobre la existencia del peligro de fuga y el peligro de obstaculización de averiguación de la verdad, describiendo para tal efecto, en los arts. 234 y 235 del CPP tales parámetros (reformados por el art. 15 de la LSNCS), conforme al siguiente texto: “Artículo 234°. (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 siguientes⁶:

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.

También el art. 235° ha sido modificado teniendo 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 la concurrencia de estas exigencias debe realizarse una evaluación integral de las circunstancias existentes, teniendo especialmente en cuenta las siguientes: 1) Que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; 2) Que el imputado influirá negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos a objeto de que informen falsamente o se comporten de manera reticente; 3) Que el imputado influirá ilegal o ilegítimamente en jueces, jueces ciudadanos, fiscales y/o en los funcionarios o empleados del sistema de administración de justicia; 4) Que el imputado inducirá a otros a realizar las acciones descritas en los numerales 1), 2) y 3) de este artículo; 5) Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener fundadamente que el imputado, directa o indirectamente, obstaculiza la averiguación de la verdad. Cabe precisar que la expresión “evaluación integral” que utilizan ambos preceptos glosados, implica que el órgano jurisdiccional debe hacer un test sobre los aspectos positivos o negativos (favorables o desfavorables) que informan el caso concreto, de cara

a los puntos fijados por la ley para medir tanto el riesgo de fuga como el de obstaculización; de tal modo que de esa compulsiva integral, se llegue a la conclusión razonada sobre si existe o no riesgo de fuga u obstaculización. En esta evaluación, unos puntos pueden reforzar, o por el contrario enervar o eliminar los riesgos aludidos; lo cual, naturalmente, debe ser expuesto por el juez en la resolución que emita de manera coherente, clara y precisa.

⁶: Herrera, C. (2006). Módulo de Derecho Procesal Penal I. Panamá.

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO

1. IUS PUNIENDI DEL ESTADO.

El concepto de Derecho Penal subjetivo se refiere a la titularidad del ius puniendi, entendido como la potestad de señalar delitos y de imponer penas cuando se den los presupuestos de hecho establecidos por parte de la norma. Teniendo en cuenta que la función de todo Estado es procurar el bien común y garantizar la pacífica convivencia de los ciudadanos y que ninguna sociedad podría subsistir si determinadas conductas no pudieran ser castigadas.

En el sistema continental rige el principio de legalidad que opera con especial vigor en el ámbito penal, de tal manera que el Estado habrá de ejercer el ius puniendi dentro de los límites marcados por el Derecho Penal objetivo, a fin de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos. El ciudadano en todo momento debe tener la posibilidad de conocer qué conductas son consideradas delito y qué tipo de consecuencias puede acarrear su realización.⁷

1.1. FUNDAMENTO DEL IUS PUNIENDI ESTATAL.

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

Políticamente el debate sobre el Ius Puniendi nos lleva a los planteamientos ideológicos y los sucesivos modelos de Estado; así tenemos al Estado Absoluto, donde el Estado podía privar a los ciudadanos de sus derechos, sin justificar la

⁷ Rodenas, (2020). Bufete de Abogados Madrid "Descubre las principales diferencias entre Derecho penal Objetivo y Subjetivo.

intervención penal y la sanción; el Estado Liberal, es el depositario, administrador y custodio de las libertades públicas; el Estado Social, es el que interviene activamente como gestor de los procesos sociales. Es de esta forma que el Ius Puniendi pasa a convertirse en un poderoso instrumento de Política Criminal en aras de la prevención del delito. Así las medidas de seguridad, junto con la pena, son fieles exponentes del cambio. Los postulados del Estado Social con la dirección de la Política Criminal fueron encarnados por Franz Von Liszt, según este autor el Estado intervencionista pretenderá reaccionar frente a la ineficacia del derecho penal clásico y liberal. Sin embargo después de la segunda guerra mundial se pudo comprobar cómo un Estado intervencionista puede representar peligros importantes para las garantías individuales, de lo que queda claro que es necesario establecer límites al Ius Puniendi. Como dice Mir Puig, el Estado Social y Democrático debe ser un complemento al Estado Clásico y Liberal y no una alternativa. La naturaleza del Ius Puniendi, pretende buscar una fundamentación a sus límites. La misión principal de toda norma jurídica es la de establecer la obediencia, existiendo el derecho a exigir su cumplimiento, por lo tanto, la conducta contraria la norma penal es un delito que merece una pena. Con la Ley Penal surge un nuevo derecho subjetivo a la pena, por lo que la lesión del derecho de obediencia es la fuente del derecho penal subjetivo. La doctrina dominante opta por una denominación tradicional del Ius Puniendi como derecho subjetivo, con intervención punitiva del Estado.⁸

1.2. TITULAR DE IUS PUNIENDI.

En épocas pasadas una serie de instituciones fueron titulares del mismo, pero en la actualidad el Ius Puniendi es intransferible, indelegable y no susceptible de ser compartido por una pluralidad de titulares. El problema surge en relación con los delitos privados, cuya persecución requiere la previa interposición de una querrela; o los delitos de acción pública a instancia de parte que precisa mínimamente de una denuncia. La titularidad del Ius Puniendi pertenece al Estado en régimen de monopolio como expresión de su soberanía, en la actualidad, solo una intervención pública garantiza la máxima eficacia preventiva, y por tanto las formulas privativas no solo ponen en peligro las garantías irrenunciables de los

ciudadanos, sino la propia capacidad preventiva del sistema. Ni la sanción administrativa, ni la reparación civil, ni cualquier otro sustituto privativo cumple la función que asume la pena.⁹

2. GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional (Ferrajoli, 2006, p.25).

3. FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y DOCTRINALES

Para el desarrollo de la presente investigación y él esté capitulo consideramos que es fundamental establecer los presupuestos conceptuales, teóricos y doctrinales que sustentan la aplicación de las medidas cautelares, ya que el cúmulo de los presupuestos coadyuvaran a una mejor comprensión de la temática.

4. DEFINICIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho. Las medidas cautelares in genere, dice PODETTI, están comprendidas dentro de los fines primordiales de la jurisdicción como derecho-deber del Estado, aunque pueda verse en algunas de ellas una preponderancia de la finalidad pública sobre los fines privados. Mediante ellas, el poder jurisdiccional satisface el interés particular de asegurar un derecho aun no declarado, pero con mayor o menor intensidad según la especie de medida cautelar, satisface el interes general y público de asegurar la paz en la convivencia social y evitar la pérdida o desvalorización de los bienes económicos.

⁸ Fábrega, J. (1996)"Medidas Cautelares Estudios Procesales".

⁹ Fábrega, J. (1996)"Medidas Cautelares Estudios Procesales".

Podríamos definir que por Medidas Cautelares, se entiende a todas las restricciones temporales de carácter constitucional, que se le impone a una persona sujeta a un proceso penal, para asegurar el desarrollo del proceso y el pago de daños y perjuicios ocasionados a la víctima. En algunos casos las restricciones limitan el derecho a la libertad del imputado y en otros casos afecta la libre disposición del patrimonio del imputado. (Dr. Henry David Sánchez Camacho Guía práctica de la ley 1970).

El autor Gimeno Vicente Sendra en su tratado de Derecho Penal, que las Medidas Cautelares son las resoluciones fundamentadas emitidas por los Órganos Jurisdiccionales dentro de una contienda judicial, contra una persona que se halle en situación de imputabilidad, cuando el mismo pretenda sustraerse del proceso penal u oculte sus bienes patrimoniales. Las Medidas Cautelares, son restricciones en la esfera de la libertad del imputado y afectan derechos consagrados en la Constitución Política del Estado tales como la plena vigencia del debido proceso y la presunción de inocencia, por ello deben encontrar respaldo en las leyes fundamentales y estar expresamente previstas y reglamentadas en las leyes procesales. De cuyas definiciones podríamos establecer que las medidas cautelares en materia penal, son los instrumentos reconocidos por el Código de Procedimiento Penal, por medio de los cuales el Estado puede limitar los derechos de una persona, dentro del proceso penal. También las Medidas Cautelares son aquellas que el juez en lo penal las adopta, cuando en un proceso alguna de las partes la solicita, siempre y cuando corresponda para la efectividad de una persecución penal, con el único objeto de que la persona sometida a proceso penal, no se sustraiga, no oculte sus bienes patrimoniales, que tiene por fin que el acusado esté presente en todos los actos del proceso, así como de reparar los posibles daños y perjuicios que ocasionaría su accionar ilícito, por ello las Medidas Cautelares siempre serán para los imputados y deben ser impuestas por un juez luego de una imputación formal del fiscal, lo que significa que el juez conozca cuales es el hecho delictivo que se le atribuye al imputado y porque debe imponerse una medida de tal tipo, asimismo

en los procesos penales registrados por el sistema acusatorio, la imposición de una medida cautelar debe necesariamente proceder a pedido de parte, fiscal o querellante, es decir no puede ser ordenada de oficio, pues lo contrario el juez estaría atentando contra los principios acusatorios.

En definitiva las medidas cautelares una excepción al derecho que tiene toda persona a ser tratada como inocente, porque la detención preventiva y las otras formas de restricción de derechos en la práctica son similares a una pena, y se imponen antes que la persona tenga una sentencia en su contra.¹⁰

5. JUSTIFICACIONES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La diversidad de criterios, concepciones, corrientes, ideológicas y puntos de vista teóricos, hacen que no se tenga un criterio jurídico uniforme sobre los fundamentos de las medidas cautelares, este hecho se hace más compleja si consideramos su evolución y el surgimiento de nuevos sistemas jurídicos que influenciados por el pensamiento, las necesidades históricas sociales y las políticas internacionales, de ahí que el concepto moderno de las medidas cautelares es totalmente distinto al antiguo establecido en el Derecho Romano, en la *pignoris captio*. Pero para la doctrina, según Francesco Carnelutti, el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la litis pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva.

El autor Piero Calamandrei sostiene que es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad o ponderación.

El autor Eduardo Couture, la finalidad de las medidas cautelares es la de restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo: evitar la especulación

¹⁰ Goité, M. (2002) "Los Sistemas Penales, desarrollado en Curso de Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas" Post Grado de la UMSA. carrera de Derecho.

con la malicia. Aun cuando es prácticamente imposible delimitar en este estudio las fronteras del ámbito de las providencias cautelares, porque ello supone solucionar casuísticamente cada uno de los tipos legales en su carácter cautelar, creemos que es conveniente abordar este tema aunque sea muy parcialmente para conseguir, como principal propósito, mayor claridad del concepto y vislumbrar su justa dimensión dentro del ordenamiento jurídico procesal. Vamos a plantearnos una serie de figuras legales que en principio parecen tener relación directa con el concepto de medida cautelar, estableciendo, del análisis de las mismas, si efectivamente están comprendidas dentro de su naturaleza jurídica, o por el contrario, pertenecen a una función jurisdiccional distinta, lo que se considera que este tema adquiere singular importancia en nuestro país, puesto aún que no existe todavía un estudio amplio y sistemático sobre la materia, hay aún la idea de tomar como únicas medidas cautelares las que presentan sólo un efecto ejecutivo, es decir, las que aseguran la ejecución forzosa; negándole su función indubitablemente cautelar a otras medidas con efectos declarativos o de nudo conocimiento. Este criterio restringido crea una servidumbre de la función cautelar a la función ejecutiva, remozando la doctrina alemana ya superada que, a la par que creaba esa dependencia, hacía esfuerzos por establecer las numerosas excepciones en que las medidas cautelares no tienen efecto ejecutivo sino declarativo.

Como se ha señalado anteriormente al hablar de la naturaleza jurídica, Piero Calamandrei ha demostrado la independencia de su esencia de los efectos indistintamente cognoscitivos o ejecutivos de sus actos; por lo tanto no es el criterio sustancial el diferenciador de su peculiar autonomía procesal, sino por el contrario, el fin al cual están pre-ordenadas.¹¹

¹¹ C. Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil.

6. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La aplicación de las medidas cautelares requiere la concurrencia de los presupuestos normativos como el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

El *fumus boni iuris* constituye o configura la probable participación y aplicación la proceso penal de un sujeto en un hecho que revisten caracteres de delito, este elemento requiere previamente de una imputación en contra del sujeto pasivo de la medida, que por regla general se encuentra configurado por la existencia de presunciones fundadas de participación en el hecho ilícito. Sobre el *Periculum in mora*, constituye que el imputado debería tener indicios de responsabilidad patrimonial y que en el proceso se configura por el peligro de que durante la tramitación del procedimiento se verifique un evento que limite o restrinja el patrimonio del demandado, junto con las fundadas sospechas de participación (*fumus*), en casos graves y urgentes o que sea de temer que el inculcado o el responsable civil oculten sus bienes o sede por conocida su solvencia.

Constituyendo la aplicación de las medidas cautelares la excepción que se justifica únicamente en la obligación que tiene el Estado de realizar una investigación eficiente del delito, evitando que la persona que ha sido acusada de cometer un delito no obstaculice la investigación (amedrente a los testigos, destruya las pruebas, etc. o se fugue). Por esta razón, estas restricciones de derechos llamadas medidas cautelares, solo pueden aplicarse en la medida que sean imprescindibles para asegurar que el proceso penal pueda averiguar la verdad sobre el delito. Siendo el principal requisito para la imposición de una medida cautelar la sospecha fundada de que el imputado es el responsable de hecho, lo que implica un cierto grado de avance en la investigación dirigida por el Ministerio Público, y suficientes elementos de prueba recolectados, para que el juez tome la decisión de imponer o no una medida cautelar.¹²

¹² Fábrega, P, (1996), Medidas Cautelares Estudios Procesales.

7. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las características de las medidas cautelares, en lo específico en materia penal, ha sido desarrollada, como aquellas que diferencian en su aplicación de estas medidas con relación a otros procesos, como lo antes señalado dentro los requisitos de la aplicación de medidas cautelares en procesos civiles y penales, en ese sentido señalaremos como características de esas medidas cautelares:

- a) **La Excepcionalidad.-** Significa que la aplicación de una medida cautelar ya sea de carácter personal o real es de carácter excepcional, en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el derecho a la presunción de inocencia, que también puede ser conocida como un acto de Urgencia que viene a ser la garantía de eficacia de las resoluciones cautelares como ser el Arraigo que limite la libertad de locomoción. La necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia una situación de hecho.

- b) **La Proporcionalidad.-** Porque deben estar adecuada a relación con el hecho que se imputa y con lo que se busca garantizar, debe ser proporcional al hecho que se pretende garantizar sin establecer que de ello dependa la gravedad de ese hecho, y para una buena proporcionalidad, debe ser razonable a lo que se pretende garantizar, haciendo un balance de la ponderación de derechos y garantías que pretendemos precautelar.

La Instrumentalidad.- Acorde con la función y finalidad que le asigna la doctrina al proceso cautelar, y que es recogida por nuestro Código Procesal dado que no constituye un fin en sí mismo sino que sirve para asegurar los derechos que se definen en el proceso principal.¹³

¹³ Herrera, W, (1999) "Derecho Procesal Penal" El Nuevo Proceso Penal. Edit.Universitaria, Santa Cruz –Bolivia.

El autor Pierro Calamandrei (1964), citado por Monroy Palacios, donde Juan Cose explica que “La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata, más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado: son en efecto, de una manera inevitable, medio predispuesto para el mayor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho, esto es, son en relación a la finalidad última de la función jurisdiccionalidad, Instrumento del instrumento”. En definitiva la instrumentalidad significa que la aplicación de una medida cautelar, cualquiera sea su formas, siempre será dispuesta dentro un proceso penal formal, convirtiéndose así es el verdadero quid lógico de las medidas cautelares, ya que la medida cautelar no tiene una finalidad en sí misma y solo puede adoptarse estando pendiente el proceso principal y por lo tanto, tienen una duración limitada enel tiempo (Herrera, 2006, p.24).

c) La Revisabilidad.- Significa que la aplicación de una medida cautelar dentro un proceso penal formal, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron. Dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dio origen. Si cambian las exigencias del proceso principal en orden a las cuales el juez acordó la medida cautelar, no debe impedirse una reconsideración de la necesidad de su vigencia. Porque su imposición responde a una determinada situación de hecho existente al momento de adoptar la medida, que varía si las circunstancias que la motivaron sufrieran modificaciones a lo largo del proceso, lo que obliga a su alteración orevocación art. 250 del C.P.P. (Herrera, 2006, p.25).

d) La Temporalidad.- Significa que una medida cautelar solo puede ser adoptada estando pendiente el proceso principal y tiene una duración

limitada en el tiempo, siendo así que el art. 239 en sus seis incisos del C.P.P., establecen el tiempo de límite de estas medidas cautelares que restringen a la libertad personal, siendo que la aplicación de la Medida cautelar tiene una duración limitada, que se encuentra permanentemente a la espera que cualquier decisión futura varié su estado, haciendo que las medidas cautelares no pretendan convertirse en definitivas, por lo que deben alzarse cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por cumplimiento de la sentencia, o por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan la motivación del mantenimiento de las medidas . (Herrera, 2006, p.25).

- e) **La Jurisdiccionalidad.-** Que establece que solo el Juez es la única autoridad que tiene la jurisdicción para aplicar una medida cautelar, no pudiendo ella ser aplicada por otra que no sea el juez en lo penal. (Herrera, 2006, p.25).

8. MEDIDA CAUTELAR LEGAL

Esta es la Medida Cautelar más importante y la más grave, donde el juez penal, en este caso Instructor, de Sentencia o de Tribunal de Sentencia, dispone al imputado, acusado a una Detención Preventiva, en el Caso del Juez Instructor, cuando emergente a una imputación penal dentro un proceso de investigación en etapa preparatoria de investigación, el fiscal Imputa y pide la aplicación de la medida cautelar de detención preventiva.¹⁴

Artículo 302, inc. 5. La solicitud de medida cautelares, si procede; tratándose de la detención preventiva, además la indicación del plazo de su duración. Y el Artículo 233, en sus tres incisos.

8.1. EL ARRAIGO.

El Arraigo viene del Latín Ad y radicare, del vocablo radix, raíz. En un sentido figurado, hace referencia a los bienes raíces, de modo que arraigar es asegurar la responsabilidad a las resultas de un juicio o con motivo de un compromiso cualquiera. (Espinoza, C. 2007, p.14).

9. MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER REAL

Examinando criterios como los del procesalista panameño Jorge Fábrega P. se sostiene que algunos autores consideran estas cautelares como medidas asegurativas de orden probatorio y a la vez, protegen a las víctimas para el resarcimiento del daño. Estas medidas son variadas como apreciaremos a continuación, aunque responderán directa o indirectamente a lo que se discute en el proceso determinado. (Espinoza, C. 2007, p.16).

9.1. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

Consiste en el asiento temporal o provisional de un título en el registro de propiedad mueble o inmueble sujeto a registro público, como garantía precautoria de un derecho de una futura inscripción, que tiene por objeto asegurar las resultas del juicio. (Espinoza, C. 2007, p.17).

9.2. EL EMBARGO PREVENTIVO

Es una medida cautelar adoptada por autoridad judicial, para asegurar la ejecución de la sentencia y recae sobre determinados bienes cuya disponibilidad se impide. Subjetivo es mantener el statu quo a las partes durante el proceso o juicio de inmovilizar los bienes del demandado para evitar su transformación o disminución de valor. De allí que una vez embargado un bien, este no se puede vender menos ceder a terceros. (Espinoza, C. 2007, p.17).

9.3. EL SECUESTRO

El secuestro es el depósito de bienes muebles o inmuebles materia de un litigio que, en manos de terceros y para fines preventivos y de conservación, hacen los interesados o decreta el Tribunal. Es voluntario en el primer caso, y constituye un contrato entre los deponentes y el depositario; y judicial en el segundo caso, en el cual, aunque no es una

¹⁴ Espinoza, C. (2007) "Código de Procedimiento Penal – Código Penal" Edit. El País.

convención, impone al secuestratario las mismas obligaciones que el secuestro convencional al depositario (Espinoza, C. 2007, p.18).

10. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

Consiste en el nombramiento de un interventor por el juez, para que vigile la conservación del activo y cuide de que los bienes no sufran deterioro, compruebe los ingresos y egresos y de cuenta inmediata al juez de toda irregularidad que advirtiera en la administración del bien (Espinoza, C. 2007, p.18).

10.1. LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR

Conocida como prohibición de cambiar, alterar o realizar modificaciones en las cosas, hasta tanto se defina su situación en juicio.

10.2. La Prohibición de Contratar sobre Determinados Bienes

Consiste precisamente en prohibir en forma expresa la realización de contratos sobre ciertos bienes cuando por ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada, o los bienes objeto de litigio, procediera la prohibición.

11. CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR.

La Medida Cautelar es el instrumento netamente procesal de carácter jurisdiccional, que busca asegurar que el imputado, no evada la acción de la justicia, puede ser esta Medida Cautelar de carácter personal así como puede ser de carácter real, con la finalidad de garantizar la reparación del daño.¹⁵

12. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUS OBJETIVOS

El Derecho Constitucional, como rama del derecho público Interno, determina la organización jurídica y política del Estado, en la cual confluyen y se subordinan

todas las ramas del derecho público y privado, así como establece los derechos y deberes de los ciudadanos. El Derecho Constitucional, es la Constitución de cada Estado la que fija las bases, los límites a los que el derecho penal deberá sujetarse, con principios como el de que nadie es culpable hasta tanto no se lo declare como tal; nadie puede ser condenado sin juicio previo, que en definitiva prevee los derechos y garantías constitucionales de cualquier ciudadano, siendo los valores supremos, principios y criterios normativos que limitan la potestad punitiva del Estado, cuyos valores supremos y principios, son proclamados en la Constitución, que guardan estrecha relación entre el Derecho Penal y el resto del ordenamiento jurídico, siendo que el Derecho Constitucional es la que pone límites jurídicos al Derecho penal, que admitir lo contrario, no daría cuenta de un sistema punitivo autoritario, antidemocrático, no pluralista y aconstitucional.

13. EL DERECHO PENAL Y SUS OBJETIVOS

Se debe entender que el Derecho Penal, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica. Por otra parte autores como Enrique Cury, también ha definido al Derecho penal, como la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.

Eugenio Raúl Zaffaroni, señala que “el Derecho penal no se reduce solo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad. Esto se logra a través de medidas que por un lado llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso para lograr esta finalidad”.¹⁵

¹⁵ Fábrega, P., Jorge, Medidas Cautelares en Distintas Ramas del Derecho.

De lo referido por los autores doctrinarios y estudiosos del Derecho penal, concretamente podemos señalar que el Derecho Penal es parte de la ciencia jurídica, y por ello su finalidad es el estudio y la interpretación de los principios contenidos en la ley, no formando parte de este proceso de investigación, las nuevas tendencias jurídicas penales establecidos en el desarrollo del derecho penal del siglo XXI, con una nueva visión funcionalista que debe tener el derecho penal moderno.¹⁶

14. EL DERECHO PROCESAL PENAL Y SUS OBJETIVOS.

El Derecho procesal penal es el conjunto de normas que regulan cualquier proceso de carácter penal desde su inicio hasta su fin: la actividad de los jueces la ley de fondo en la sentencia. Tiene como función investigar, identificar y sancionar (en caso de que así sea requerido) las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares en cada caso.

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

Estos actos se suceden entre la noticia del delito, a partir de la cual se promueve la acción, y la sentencia. Los actos marchan sin retorno, proceden, hacia el momento final. Dentro de esos actos procesales "vivos" que montan la impulsión del proceso, se ha distinguido los de mera investigación o instrucción, los de persecución, que luego continúa con el auto de procesamiento, la elevación a juicio, la citación a juicio, la audiencia. El fin u objetivo propuesto para el derecho procesal penal es realización del Derecho Penal material.

¹⁶ Goité, M, (2002) "Los Sistemas Penales, desarrollado en Curso de Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas, en las aulas del Post Grado de la UMSA., carrera de Derecho.

El autor Percy Chocano Núñez, autor de Teoría de la Actividad Procesal y Derecho Probatorio y Derechos Humanos, el Derecho Procesal Penal, se divide en Teoría General del Proceso, Teoría de la Prueba y Teoría de la Actividad Procesal. La Teoría General del Proceso, trata de las instituciones que regulan el proceso en general, como la Jurisdicción, la Competencia, Los Sujetos Procesales y las Medidas Coercitivas o cautelares. La Teoría de la Prueba trata sobre la forma en que debe probarse una imputación y comprende el concepto de la prueba, la diferencia entre prueba y medios de prueba, teoría de la actividad probatoria, la carga de la prueba y la valoración de la prueba. La Teoría de la Actividad Procesal, trata sobre los actos procesales, lo que implica la estructura del acto procesal, la clases de actos procesales, el tiempo en la actividad procesal; en definitiva el objeto y fines del proceso penal, al margen de dilucidar las pretensiones y conflictos contrapuestos de las partes, debe brindar la protección jurídica a ambas partes, haciendo efectiva la tutela jurídica, con sujeción a las disposiciones legales y la observancia de que se cumplan todos los actuados procesales.

15. SISTEMAS DEL PROCESAMIENTO PENAL

En el proceso penal existen para cualquier juzgamiento tres sistemas 1) El acusatorio, 2) El inquisitivo, y 3) El mixto. La mayoría de las naciones comenzó con la forma Acusatoria, pasando luego al sistema Inquisitivo y posteriormente, a lo largo del siglo XIX, al sistema Mixto.

a) Sistema acusatorio

Es originario de Grecia y fue adoptado y desarrollado por los romanos. En un principio corresponde a la concepción privada del Derecho Penal, en cuanto el castigo del culpable es un derecho del ofendido, quien puede ejercitar su derecho o abandonarlo; si lo ejercita, el castigo y el resarcimiento del daño se tramitan en un mismo procedimiento, sin que haya distinción entre procedimiento penal y procedimiento civil. Se basaba este sistema en los siguientes principios básicos:

- Facultad de acusar de todo ciudadano.
- Necesidad de que alguien distinto al Juez formule acusación para que pueda existir un juicio. El Juez no procede "ex officio".
- Quien juzga es una Asamblea o Jurado popular, por lo que las sentencias no son apelables, sino que rige el principio de instancia única.
- El de libertad personal del acusado hasta que exista sentencia condenatoria.
- El de igualdad absoluta de derechos y deberes entre acusador y acusado.
- El de que el Juzgador limite su juicio a los hechos alegados y probados.

b) Sistema inquisitivo

Este sistema es una creación del Derecho Canónico de la Edad Media, extendiéndose a toda la Europa continental y perviviendo hasta el Siglo XVIII. Descansaba en los siguientes principios:

- Concentración de las tres funciones de acusar, defender y juzgar en manos de un mismo órgano.
- Esas funciones se encomiendan a unos órganos permanentes, con exclusión de cualquier forma de justicia popular.
- El procedimiento es escrito, secreto y no contradictorio. No existe, pues, debate oral y público. Como contrapartida se establecen los principios de la prueba legal o tasada, y de la doble instancia o posibilidad de apelación.
- Se admite como prueba bastante para la condena la de la confesión del reo. ¹⁷

¹⁷ Herrera, W, (1999) "Derecho Procesal Penal" El Nuevo Proceso Penal. Edit.Universitaria, Santa Cruz – Bolivia.

c) Sistema acusatorio formal o mixto

Fruto de las nuevas ideas filosóficas, como reacción ante las denuncias secretas, las confesiones forzadas y la tortura, surge en Francia un nuevo sistema procesal penal que respeta el derecho de todo ciudadano a ser juzgado públicamente en un proceso contradictorio, pero conservando un elemento del sistema anterior, el de la acusación oficial, encargada a funcionarios que de modo permanente suplan la carencia de acusadores particulares, con lo que nace el Ministerio Fiscal, que es órgano independiente de los juzgadores y representante de la ley y de la sociedad. Además, se conserva una fase de investigación secreta, escrita y no contradictoria, que a diferencia del sistema inquisitivo no sirve de base a la sentencia, sino a la acusación. La sentencia sólo puede basarse en las pruebas practicadas en el juicio.

Por esa mezcla de caracteres se le denomina sistema mixto y se caracteriza porque el poder estatal no abandona a la iniciativa de los particulares la investigación y la persecución de los delitos, pero el Estado, en cuanto juzga, no investiga y persigue, porque se convertiría en parte, y con ello peligraría la objetividad de su juicio.

Los principios en que descansa este sistema son:

- La separación de la función de investigación y acusación y la función de juzgar. Para que haya juicio es preciso que exista acusación y la función de acusar corresponde, no siempre en exclusiva, a órganos públicos especiales.
- Del resultado de la instrucción depende que haya acusación y juicio, pero el juzgador ha de basarse en las pruebas del juicio oral.
- El acto del juicio es oral, público y confrontativo, y se rige por el principio de inmediación, dependiendo la sentencia de la

apreciación por el Juez, no sometida a regla alguna.

- Según el modelo francés, la sentencia se da mediante una cooperación de Magistrados y Jurados. La combinación de ambos elementos en la Administración de Justicia varía según los distintos países. Puede excluirse la participación del jurado y conservarse todas las demás notas esenciales.

En definitiva el estudio de estos sistemas procesales penales, desde su perspectiva histórica arroja dos importantes enseñanzas; a) Que todo sistema procesal es producto cultural, determinado por condiciones políticas que imperan la comunidad jurídica que lo adopta, b) ninguno de los modelos tradicionales (acusatorio e inquisitivo) ha existido en forma pura.

15.1. EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO ORAL BOLIVIANO

Debemos señalar que este sistema procesal penal vigente a través de la ley 1970, deviene de un sistema procesal Mixto, cuyo origen se remonta a la Revolución Francesa de 1789 que fuera plasmado en el Código de Instrucción Criminal de 1808 de Francia, instaurado el gobierno Revolucionario de Francia en 1791, se introdujeron cambios en el sistema penal, con una marcada tendencia ACUSATORIA, como la de dotar al acusado de garantías que le protejan durante el desarrollo del proceso, se le aseguraba o dotaba la defensa técnica desde el inicio de la acusación, se instituyó la oralidad, la publicidad de los actos procesales, instituyéndose el juicio oral por jurados populares. Estas innovaciones a este sistema procesal penal, se fueron fortaleciendo con la Declaración de los Derechos del Hombre de 1791, incluyéndose principios generales del derecho procesal penal, donde la ley era la expresión de la voluntad general, la igualdad del ciudadano frente a la ley, el principio de legalidad, la prohibición de la persecución penal arbitraria, la consagración de principios de inocencia entre otros. Surgiendo así el Sistema Procesal Mixto Moderno en América Latina, durante los siglos XIX y XX, donde las legislaciones procesales penales, adoptan como modelo el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, cuya influencia

de ese cuerpo legal se dio por doble vía; a decir una las leyes de Enjuiciamiento criminal españolas de 1882 y el Código Italiano de 1930, siendo este último el que sirvió de fundamento al Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Argentina de 1939, modelo que a su vez sigue casi literalmente el Código de Procedimiento de Costa Rica de 1973.

El sistema procesal penal mixto moderno, se estructura teniendo como base a dos fases o etapas: La primera de carácter inquisitivo conservando la escritura en los actos procesales, su relativo carácter secreto y la no contradicción; la segunda, de naturaleza ACUSATORIA, se caracteriza porque en ella rigen rasgos fundamentales de oralidad, publicidad y contradicción. En cuanto a los principios fundamentales del sistema procesal mixto moderno, pueden ser clasificados de la siguiente manera:

a) Principio de Oficialidad.- Función eminentemente estatal, a quien le corresponde como poder monopolizador del ejercicio de la acción penal como un deber el promover la persecución penal. De donde se tiene que la represión jurídica que la ejerce el Estado (Espinoza, C. 2007, p.12).

b) Principio de Legalidad.- Que en su origen deviene del Derecho Penal sustantivo como aforismos jurídicos establecidos en Nullum Crimen, Nulla Poena sine previa Lege que señala que no hay crimen no hay pena sin ley previa que la defina, que no debe confundirse con el principio de legalidad procesal del sistema procesal mixto moderno que significa de una manera bastante amplia que dadas las condiciones mínimas suficientes para estimar que un hecho puede ser constitutivo del delito, tanto la Policía Judicial, como el agente del Ministerio Público, están en la obligación de promover y ejercer la acción penal hasta su agotamiento por los medios expresamente previstos por la ley, o lo que en la práctica procesal, como hermenéutica de los operadores de justicia la desarrolla, su misión de actos procesales a lo que la ley sustantiva y procesal penal las señala (Espinoza, C. 2007, p.13).

c) Principio de la Verdad Real o Material.- Que constituye la finalidad de cualquier enjuiciamiento penal en la faz de la tierra, que no es más que la búsqueda de la verdad que consiste en la identidad, adecuación o conformidad entre la realidad ontológica y la noción ideológica. El Juez o Tribunal están en la obligación de llegar al fondo del asunto, desentrañando la verdad histórica real de lo sucedido, la que con un fallo que ponga fin a la contienda judicial, se convertirá en una verdad jurídica, donde es tarea del juez o tribunal llegar al fondo del asunto, desentrañando la verdad histórica real de lo sucedido, donde el juzgador no puede conformarse con lo que las partes por iniciativa propia las muestran, sin que para ello pueda ser un investigador, sino de los hechos que las partes aportan al juicio así como los diferentes medios de prueba que se judicializan (Espinoza, C. 2007, p.13).

d) Principio de Inmediación.- Significa que todos los medios de prueba, deben ser puestos en conocimiento de los sujetos procesales de forma simultánea y directa, para que el juzgador entre en conocimiento directo sin intermediarios de los medios probatorios, para así poder valorarlos y emitir su decisión de conformidad al convencimiento que pueda arribar, la que en la práctica procesal constituye, la vivencia que tiene el juez en todos los medios de prueba que puede percibir en el desarrollo del juicio, que va más allá inclusive de poder observar el comportamiento o conducta asumida por las partes en juicio (Espinoza, C. 2007, p.13).

e) Principio de Oralidad.- Es el medio originario y natural con la que puede expresarse el pensamiento del ser humano bajo el uso del lenguaje y la palabra de decir bien las cosas y producirse de manera clara y lógica un acontecimiento histórico ocurrido. Permite al Juzgador verificar directamente los testimonios y percibir cualquier actividad falsaria de las partes, dándole al proceso una mayor agilidad o celeridad al mismo (Espinoza, C. 2007, p.13).

f) Principio de Concentración O Continuidad.- Esta referida a la fase oral y pública del proceso y, significa que entre la recepción de la prueba y el

pronunciamiento al fallo judicial debe haber una aproximación temporal inmediata, donde el juicio debe realizarse en forma continuada según su complejidad hasta agotar su tramitación, la que a la conclusión conlleva fases que deben ser concentrados, que concluida el juicio, inmediatamente el tribunal ingresa a la deliberación, para luego hacer conocer el fallo a emitir (Espinoza, C. 2007, p.13).

g) Principio de Contradicción.- Que, significa que entre el acusador y el acusado, en el desarrollo del juicio y sobre lo principal del litigio, así como a momento de producirse e introducirse las pruebas en forma previa, a las mismas debe oírse por el juez, donde esta facultad patentiza a las partes un control riguroso del mecanismo del juicio oral entre las partes y al juez y del juez hacia las partes al limitar el exceso uso de la palabra.

Entre otra gama de variados principios, que el sistema procesal oral mixto la tiene establecido, se tiene otras como es el Principio de la Amplia Defensa, el principio de la prohibición del doble juzgamiento, el Principio del Indubio (Espinoza, C. 2007, p.13).

16. EL HACINAMIENTO EN LAS CARCELES BOLIVIANAS

A lo largo de las distintas reuniones celebradas con los operadores penitenciarios y con los delegados de los internos hemos tenido ocasión de oír una queja constante referida al hacinamiento que se vive en los centros y a los problemas que se derivan directamente de ello.

Si por hacinamiento entendemos la ausencia de criterios de separación y clasificación de la población penitenciaria, este es un problema generalizado en la red penitenciaria boliviana (“no se ha logrado generar un mecanismo ágil de clasificación, que permita que los reclusos puedan solicitar los derechos derivados de la permanencia en los distintos periodos del sistema progresivo de forma inmediata” Pinto Quintanilla Las cárceles en Bolivia. 2004. 90). A pesar de que la Ley 2298 hace girar todo el régimen de los establecimientos en torno a la actividad clasificatoria (Art. 157) y otorga al Consejo Penitenciario del establecimiento (Art. 61) estas funciones, en la praxis tan solo hemos podido constatar la separación

por sexos. En cambio otros criterios que atienden a la peligrosidad, la edad, la tipología criminal, la situación penal, etc. no son tenidos en cuenta.¹⁸

Especialmente grave es el hacinamiento de los jóvenes con los adultos. La edad penal en Bolivia está establecida en los 16 años. Por lo tanto a la banda de edad comprendida entre los 16 y los 18 años se les aplica el Código Penal común.

Los condenados van a los establecimientos penitenciarios de los adultos y durante la ejecución de la pena no encuentran por parte del sistema ningún tratamiento diferenciado que atienda a sus problemas específicos. El resultado es que los jóvenes sufren de una manera particularmente intensa las condiciones de su internamiento. Sus experiencias durante su estancia en la prisión son muy negativas de cara a la reincorporación a la sociedad. En la prisión son objeto de vejaciones de todo tipo, desde la sexual hasta la explotación laboral en manos de los adultos.

Sin clasificación no es posible planificar ningún programa de reinserción social de los condenados. Los beneficios que el legislador vincula con la evolución de los condenados dentro del sistema progresivo terminan pervirtiéndose, cuando no existe labor clasificatoria. Los criterios científicos de evaluación por medio de los cuales se incentivan las actitudes favorables a la futura incorporación pacífica del condenado a la sociedad y comunidad jurídica, se sustituyen por otros por medio de los cuales, lo que se promociona son los buenos reclusos, los que delatan y se enfrentan a los compañeros plegándose a los intereses de las autoridades del centro sean estos cuales sean, legales o ilegales.

La ausencia de clasificación igualmente obliga a la existencia de un exceso de medidas de seguridad, puesto que si en cualquier sección de un centro penitenciario están mezclados, sujetos conflictivos con un largo historial delictivo, con personalidad agresiva y antisocial, indisciplinados, con otros internos pacíficos, capaces de mantener una convivencia ordenada con el resto de

reclusos, ello obliga a la dirección del penal a mantener las medidas de seguridad más rectas para los más conflictivos, perjudicando ello a los internos que por su comportamiento no requieren de medidas seguridad tan estrictas.

16.1. CONDICIONES SANITARIAS

Pese a los nueve artículos que la Ley 2298 recoge sobre la asistencia médica y las atenciones que están obligados a cumplir dicho servicio durante las 24 horas del día, en la mayoría de los centros penitenciarios bolivianos, se vulnera el derecho a la salud, al no existir un Servicio de Salud o no cubrir, donde los hay, los mínimos necesarios de atención sanitaria. Más del 50% de las necesidades médicas son atendidas por un voluntariado exterior, sólo el 30% por el Régimen Penitenciario y en muchos de los establecimientos penitenciarios son los propios presos los que se ven obligados a hacerse cargo del servicio médico (Pinto Quintanilla Las cárceles en Bolivia. 2004. 54). Concretamente en el Penal de San Pedro es absolutamente precario el espacio destinado a enfermería, el mismo es pequeño, sin aireación ni luz natural y la zona anexa donde existen unas ocho camas para los enfermos además de ser insuficiente para la población penitenciaria existente (cerca de 1.500 internos), desprende un hedor que hace imposible la supervivencia en el lugar.¹⁹

Las Reglas Mínimas 22 a 26 para el Tratamiento de los Reclusos, señalan extensamente los equipos médicos con los que los establecimientos penitenciarios deben contar y los servicios que los mismos deben prestar, estableciendo que deberán trasladarse a los enfermos “cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimiento penitenciario especializados o a hospitales civiles”. Ello mucho dista de la realidad en la que se encuentran las prisiones bolivianas, en las que además de la ausencia de médicos estatales en los centros, cuando se requiere el traslado urgente de un preso a un hospital, se precisa tal trámite burocrático que

¹⁸ Goité, M, (2002) “Los Sistemas Penales, desarrollado en Curso de Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas, en las aulas del Post Grado de la UMSA., carrera de Derecho.

¹⁹ Goité, M, (2002) “Los Sistemas Penales, desarrollado en Curso de Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas, en las aulas del Post Grado de la UMSA., carrera de Derecho.

en no pocos casos los presos ven agravada su enfermedad, llegando a la muerte en ocasiones. A ello hay que unir, que son los propios internos los que tienen que ocuparse del traslado y del pago de la gasolina, con la circunstancia añadida de que muchos hospitales no permiten el ingreso de los internos que no tienen recursos económicos, sin que el Estado intervenga para que no se produzcan tales situaciones.

Asimismo, las citadas reglas prescriben que los internos tan pronto como sea posible tras su ingreso deberán ser examinados por el médico a los efectos de poder determinar la existencia de algún tipo de enfermedad física o mental para poder tomar las medidas oportunas. En Bolivia sólo se practica algún tipo de reconocimiento a los que se consideran sospechosos de tener alguna enfermedad contagiosa, de lo contrario no se realiza revisión alguna y en los casos en los que se detecta la enfermedad y ésta se encuentra en fase terminal, los presos permanecen en prisión y sin medicación a menos que desde el exterior alguna organización de voluntariado se ocupe del caso concreto.

Por lo que respecta a las condiciones de salubridad e higiene en las que deben vivir y trabajar los internos, tanto las ya reiterada Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, como la propia Ley 2298, señalan, el estado de higiene y salubridad en las que debe encontrarse los espacios en los que los internos tengan que vivir y trabajar, exigiéndose unas superficies mínimas, con ventilación, luz natural y alumbrado artificial, en donde se pueda leer y trabajar con instalaciones sanitarias que aseguren que los reclusos puedan hacer uso de ellas de manera aseada y decente.

16.2. LA ALIMENTACIÓN

La obligación de proporcionar una alimentación sana y equilibrada, con un valor nutritivo que permita mantener la salud y la fuerza de los privados de libertad, se encuentra recogida en la Ley 2298 (art. 27) y en las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos (R. 20). Dicha obligación se solventa por el Estado con la concesión diaria a cada preso del prediario, que consiste en facilitar 3.50

bolivianos (0.40 euros), para las tres comidas del día, desayuno, almuerzo y cena. Tal cantidad es abonada por el Estado mensualmente aunque no llega a todos los centros en su momento. Algunos centros han denunciado el retraso del prediario de más de tres meses y en algunos casos hasta de un año, mientras tanto los presos y gracias a su propia organización consiguen no morir de hambre.

Son los propios reclusos, como ocurre con otros servicios, los que organizan la cocina, de ahí que cada establecimiento penitenciario tenga sus propias normas de organización al respecto. En algunos centros como el de Palmasola en Santa Cruz, los delegados penitenciarios dan alimentos gratis a los que no tienen para pagarlo; en el de San Pedro de La Paz, algunos reclusos que no cuentan con recursos económicos a su ingreso al penal, dedican su tiempo durante los primeros meses a realizar tareas de cocina y limpieza para poder hacer frente a sus gastos de ingresos²⁰. De una u otra forma podemos constatar que algo tan básico como la alimentación y de la que el Estado debiera hacerse cargo con absoluta responsabilidad, supone un signo de poder, de tal forma que al interior de los penales los que sólo comen “rancho” son los que no tienen absolutamente nada.

La preparación de los alimentos es inadecuada, el personal que se encuentra a cargo de su elaboración no es el idóneo, existiendo una mala manipulación de los alimentos que en muchos casos generan enfermedades gastrointestinales. La falta de una alimentación equilibrada se intenta subsanar por parte de los familiares que desde el exterior y conforme a su capacidad económica les proporcionan una alimentación complementaria.

²⁰ Pinto Quintanilla Las cárceles en Bolivia. 2004. 102 y Cárcel de San Pedro, radiografía de la injusticia. 1993.

17. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA

En los últimos años, América Latina ha sido sede de un proceso reformativo del sistema de justicia procesal penal. Es así como el tipo inquisitivo fue desfasado por uno de carácter acusatorio. Además, se efectuó el trance de la inconsciencia en la aplicabilidad de la prisión preventiva, a la cautelar racional. De este modo, una de las metas sustanciales que sobresale en este conjunto de cambios, de acuerdo con patrones globales de los derechos humanos, es la racional usanza del tópico central. En concordancia con lo anterior, Roxin precisa con exactitud los tres fines esenciales para los que la prisión preventiva vale: i) pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; ii) pretende garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de persecución penal y; iii) pretende asegurar la ejecución penal.²¹

Sin embargo, la literatura procesal penal ha puesto sobre la mesa, el arbitrario uso y atropello excesivo que sufre la prisión preventiva en el perímetro latinoamericano. Desdichadamente, es una cruda realidad que no se ha logrado superar durante esta década. A su vez, nace la desnaturalización de su estructura principal, debido a que esta medida de carácter excepcional no persigue otros fines más que los descritos en el párrafo precedente.

Por otra parte, como afirma Harfuch (2018) el conflicto de la prisión preventiva como pena anticipada no solamente se ubica en Argentina, sino que también se origina avanzado es aquel en el cual la prisión preventiva es lo que debe ser: un recurso de última ratio y de muy corta duración, no como se presenta en Buenos Aires, donde tiene una duración grosera.²² En este sentido, es evidente que los sistemas jurídico-penales en Latinoamérica requieren de reformas legislativas en materia procesal penal. Lo dicho hasta aquí, queda confirmado en el siguiente cuadro, en el cual se muestra información de los países que efectuaron innovaciones en este ámbito delimitando su investigación a los últimos 20 años.²³

En definitiva, desde un punto de vista evolutivo dentro del entorno penal, los países que consumaron esta reforma adquirieron una suerte de régimen caracterizado por ser de inexcusabilidad. De donde resulta que, como ya se ha afirmado, el modus operandi de la prisión preventiva se convertía en uno de pena anticipada. Finalmente: La creencia de que la oralidad sería el remedio o un medio idóneo de despenalización ante prisiones sin sentencias, hoy se antoja como una pretensión lírica; a más doctrina procesal, a más principios, a más garantías y supra garantías para confinar la expansión de la prisión preventiva, surgen nuevas doctrinas. Nuevos argumentos para su justificación frente a delitos que, en la percepción social, pública, se consideran de especial impacto y gravedad.

17.1. Los derechos humanos en el camino de la prisión preventiva

Para empezar (González, 1995), determina que el conflicto de prisión preventiva comprende dos vertientes muy preocupantes. En primer lugar, la elevada cantidad del personal policial para contrarrestar los problemas criminales y la obligación del Estado respectivo de brindar lo descrito. Y finalmente, la existencia de un conjunto de derechos fundamentales que todo individuo imputado por algún delito adquiere y están consagrados para asegurar un reducido grado de humanidad en el tratamiento procesal, resaltando el derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la integridad física y el derecho a la presunción de inocencia.(p.7).²⁴

²¹ Herrera, W. (2003) "El Sistema de Garantías en el Proceso Penal boliviano, desarrollado en el II Seminario Internacional del Sistema Oral Acusatorio en el Siglo XXI".

²² Goité, Mayda, "Los Sistemas Penales, desarrollado en Curso de Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas, Post Grado de la UMSA., carrera de Derecho.

²³ Fontán, C. (1995) "Derecho Penal Parte General", Edit. Abelardo-Perrot, Buenos Aires – Argentina.

²⁴ Calamandrei, P. (1964) "Providencias Cautelares. Editorial Bibliográfica. Buenos Aires Argentina.

Por el contrario, esto no significa que ambas directrices forzosamente tengan que ingresar en una disputa consecutiva. Empero, sí es necesario que las dos se acomoden en todo sistema latinoamericano de derecho procesal en materia penal. En este sentido, si se alcanza a sentenciar sin tener respeto por los derechos humanos, el sistema judicial conseguirá la transgresión de los valores principales y las formalidades esenciales de su protocolo, que ciertamente no pueden tener rango universal pero sí se comparten globalmente. En efecto, lo redactado da génesis a interrogarnos acerca de ¿Qué clase de sistema exteriorizamos? si mantendremos extendidamente a individuos en estados inhumanos e inciertos dentro de los centros penitenciarios, ya que su sentencia se basa en indicios.

Se debe agregar que, no se puede crear un sistema que respete completamente la serie de derechos pertenecientes a los perseguidos penalmente y que, por esta razón, se desligue de la función de luchar eficazmente contra la criminalidad. En suma, desde la perspectiva de la salvaguarda de estos derechos, no corresponde únicamente centrarse en una sola parte, es indispensable abordar ambas caras de la problemática en son de proponer una respuesta clara.

Sin embargo, ello se puede concretar en el modelo paradigmático presentado por los derechos humanos a nivel internacional. De esta forma, dicho canon recoge sustancialmente lo ideado por toda nación. Es decir, solicita un estado constitucional de derecho, en el cual, las figuras procedimentales y normativas ayuden no solamente a la promoción de indagaciones y punitivas correspondientes del delito, sino que también, brinden la protección constitucional necesaria y el respeto por los derechos fundamentales que la persona objeto de investigación adquiere. De manera que, el costo para llevar a cabo el anhelado modelo es muy elevado y conduce a la sociedad a poseer los mejores actores involucrados en el desarrollo y promoción del sendero de la materialización de este ideal. Esto es, contar con jueces, abogados e investigadores que estén en un adecuado nivel intelectual y con la capacidad jurídica idónea, debido a que implica un trabajo conjunto en son de consumir juicios imparciales, ecuanímenes y

razonables en toda Latinoamérica. En esta dirección e ingresando al contexto que nos ocupa, Takehara (2020) establece: debemos recordar que los internos tienen restringido su derecho a la libertad, pero no sus derechos a la salud, a la vida y la integridad física.²⁵

Justamente, a lo largo de los meses transcurridos desde el inicio de la pandemia por coronavirus, la población penitenciaria ha sufrido los devastadores estragos de esta enfermedad. Es así como, los derechos resaltados líneas atrás se dejan en el olvido, perjudicando de esta forma a la parte de la población carcelaria que cuenta con prisión preventiva y aún no con una sentencia firme.

Hay que precisar que, sin detrimento de lo sustentado, todavía persiste un tensionado escenario al dictaminar una prisión preventiva, a raíz de la aseveración doctrinaria establecida en cuanto a que el tópico destacado exclusivamente es denominado como: «un proceso de instrumentalización del ejercicio del ius puniendi en sede procesal penal, como medida cautelar personal. De este modo, (Bustos y Hormazábal, 1997) establecen que: el sistema penal en un orden democrático ha de partir de un presupuesto básico: la dicotomía entre libertad y poder (p.6). Razón por la cual, al hablar de prisión preventiva, inconscientemente se abrirá el desarrollo de una ponderación de derechos.

Ahora bien, la prisión preventiva halla su fundamento y configuración, siempre y cuando se presenten causales justificables en proporción del delito al momento de su aplicación imperativa. En efecto, todo esto debe quedar segmentado en el fallo donde se establezcan expresamente las pruebas que le brindan exigibilidad a esta resolución gracias a la estricta motivación. En suma, el Tribunal Constitucional señala: cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria.²⁶

Por otro lado, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) la utilización excesiva y arbitraria de esta medida cautelar

excepcional aún persiste como un problema incurable dentro de la región, pese a las varias soluciones que a lo largo de los años se han estipulado. Sin embargo, la lucha no debe cesar cuando se trata de la vulneración de los derechos humanos de primera línea.

Así, por ejemplo, en Bolivia alrededor del 30% de reos siguen con detención preventiva, motivando a que la coyuntura penitenciaria se agrave letalmente, a pesar de que, todavía no se tengan los espacios requeridos o exista un trato distinto al que se le deba dar a quienes realmente tiene un dictamen absolutorio. Por lo cual (Nuñorevo, 2020), afirma que proporcionar un acertado y diferenciado tratamiento dentro de este sector, será un fuerte reto que los diferentes Estados en América Latina tendrán que sortear en los próximos años (p.16).

Todo esto parece confirmar que a causa de las enormes cifras de personas recluidas a causa de esta situación devastadora. Se debe afrontar esta desproporción evitando el hacinamiento, respetando el debido proceso y delineando nuevos sistemas de control eficaces para evitar riesgos procesales o fuga de un implicado en delitos. Y así, salvaguardar el derecho de toda persona a la presunción de inocencia.

²⁵ Fontán, C, (1995) "Derecho Penal Parte General", Edit. Abelardo-Perrot, Buenos Aires –Argentina.

²⁶ Fontán, C, (1995) "Derecho Penal Parte General", Edit. Abelardo-Perrot, Buenos Aires –Argentina.

17.2. La jurisprudencia de la CIDH

Ciertamente, la prisión preventiva es una medida cautelar excepcional, la cual no se trata de emitir una sentencia condenatoria definitiva, sino que se podría conceptualizar como un proceso de instrumentalización del ius puniendi en sede procesal penal; en otras palabras, esto quiere decir que esta es una medida coercitiva, que consiste en privarle la libertad a una persona, y tratarla como un sentenciado, cuando no lo es, ya que esta aún sigue siendo sometida a una investigación y sigue teniendo el título de presunto inocente.

Sin embargo, lo que se critica es el uso excesivo de esta, debido que el modo de emplearla de manera no excepcional y no la medida coercitiva en su esencia. Esta además de reflejar la evidente deficiencia que padece la administración de justicia de los Estados, también, muestra otro problema no menos importante, como es el hacinamiento penitenciario.

Esta cuestionable situación, no es algo nueva, a raíz de que el 30 de diciembre de 2013, la CIDH emitió un informe pronunciándose y manifestando que esta medida es una de las mayores dificultades que enfrenta los Estados pertenecientes a la OEA en cuanto a respetar y garantizar los derechos que poseen los reclusos, además del problema estructural reprochable e inaceptable en una sociedad democrática que supuestamente debería respetar el derecho a la presunta inocencia. Al mismo tiempo, el mencionado informe, no se limita a definir esta situación como un problema grave, sino también incorpora un conjunto de recomendaciones dirigidas a los estados, con la finalidad que esta medida cautelar vaya de la mano con los derechos humanos (CIDH, 2013).²⁷

Luego de unos años la CIDH desarrolla un segundo informe basado en los periodos 2014-2017, el cual posee estándares más específicos que tiene como objetivo disminuir la práctica de la prisión preventiva, señalando medidas opcionales que constituyan alternativas de tipo procesal, las cuales permitirán al imputado enfrentar su proceso en libertad.

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas.

Este informe también destaca de manera especial la necesidad de introducir un punto de vista desde el margen del género en la adaptación de medidas opcionales hacia las mujeres, teniendo en cuenta diversos patrones y estereotipos a los cuales ellas y sus derechos se encuentran expuestos; además, se trata de indagar una aplicación poseedora de un enfoque diferenciado y capaz de tratar necesidades particulares de respeto y garantía de aquellas personas pertenecientes a grupos que se encuentran en situaciones riesgosas y de alta vulnerabilidad en el contexto de privación de libertad, incluyendo personas de descendencia afroamericana; indígenas; LGTBI; personas de avanzada edad y personas minusválidas.

Cabe señalar que este segundo informe es emitido junto a una guía práctica de medidas que tienen como finalidad la reducción de la prisión preventiva, esta guía va dirigida a aquellas autoridades que tienen como función poner en práctica medidas de carácter general a las políticas estatales, la ejecución de medidas que sean opcionales a la prisión preventiva, y la adhesión desde una visión de género y de un enfoque diferenciado en la aplicación de todas aquellas medidas que tenga como finalidad la disminución de la prisión preventiva (CIDH, 2017).

Como anteriormente se ha argumentado, la CIDH sostiene que la prisión preventiva debería ser reevaluada periódicamente e identificar aquellas que tengan la posibilidad de ser cambiadas a medidas adicionales a la privación de excarcelación. Esta postura se ratificó nuevamente, con el contexto pandémico que se viene viviendo a consecuencia de la enfermedad infecciosa COVID-19, causada por coronavirus; ya que sustenta que debería priorizarse a la población que se encuentra con mayores probabilidades a un posible contagio. En estos casos se debería analizar las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas opcionales a la prisión preventiva.

En la Resolución N° 01 /2020, emitida por la CIDH el 10 de abril de 2020, se manifiesta que la pandemia del COVID-19 puede afectar de manera muy grave a

la población y a sus derechos humanos, ya que este es un peligro inminente para la vida, salud e integridad personal; así como los efectos que este puede generar de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre todo en aquellas personas con mayores probabilidades a ser víctimas del COVID-19.

Así mismo, la CIDH también se ha referido a aquella población que se encuentran privada de su libertad, y ha manifestado en sus fundamentos 45, 46, 47 y 48, lo siguiente: Acoger una variedad de disposiciones para poder afrontar el Hacinamiento de las unidades de privación de la libertad. Además se debe integrar un análisis minucioso de los casos en donde se presenta la prisión preventiva para que se puedan determinar aquellos en donde es posible que esta medida, es decir, la prisión preventiva pueda ser sustituida por otras alternativas a la encarcelación, dando mayor importancia a aquellas poblaciones las cuales presentan dificultades y mayor peligro a ser víctimas del mucha veces mortal COVID-19, entre estas personas vulnerables, podemos encontrar a los ancianos y a las mujeres gestantes o aquellas que están dando de lactar a sus hijos.

Afianzar que, en aquellos casos donde las personas se encuentren en un eventual peligro generado por la pandemia, se debe analizar las peticiones de beneficios carcelarios y medidas opcionales a la encarcelación. En el supuesto que, las personas se encuentren purgando una condena por delitos de lesa humanidad o que violan gravemente los derechos humanos, estos supuesto deben ser atendidos, considerando la gravedad de los sucesos y la responsabilidad que tienen los Estados como órganos sancionadores responsables de tales violaciones, tal análisis necesita una muy buena evaluación y condiciones más exigentes, estos deben ir acorde con el principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables.

Habilitar diversas condiciones, para que se pueda asegurar el bienestar de los reos, especialmente en situaciones que traten los temas sobre su alimentación,

salud, saneamiento y medidas de cuarentena, para que así se pueda evitar la propagación del COVID-19, asegurando de manera especial que todas las personas que se encuentren en los centros penitenciarios cuenten con atención médica.

Instaurar diversos procedimientos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y el orden de las personas que se encuentran reclusas, en especial para evitar actos de violencia o motines originados por la desesperación que genera la pandemia, además se debe respetar los patrones interamericanos en la materia. De la misma manera, busca afianzar el adecuado uso de las medidas que sean establecidas en el límite de los contactos, comunicaciones, visitas, salidas y actividades educativas, recreativas o laborales (CIDH, 2020).

17.3. El tratamiento de la problemática

El conflicto que hemos venido señalando acerca de la prisión preventiva y el incremento del hacinamiento en los centros penitenciarios como una de sus principales consecuencias, es una deficiencia muy longeva en la administración de justicia de los estados y, actualmente, esta situación es mucho más complicada, ya que para nadie es novedad la emergencia sanitaria que el mundo padece actualmente de la cual Bolivia no es ajeno, pues la lucha contra la propagación del COVID-19, se ha convertido en uno de sus principales calvarios que tiene que afrontar el Estado.

Este virus ha azotado el sector penal en vista de las carencias que se presentan en la administración de justicia y el sistema penitenciario, debido a la confirmación acerca de que los centros penitenciarios son los principales focos de propagación de este virus. Se debe tener en cuenta que no existe en el ordenamiento jurídico procesal penal boliviano una norma específica que prevenga sucesos excepcionales, como es el caso del COVID-19 o situaciones extraordinarias de desastres en general. Es por eso por lo que, frente a la pandemia originada por el aniquilador virus y a la evidente existencia de hacinamiento en los centros

penitenciarios, se aumentó excesivamente el peligro de dañar y vulnerar irreversiblemente la salud o la vida de los reclusos.

Las medidas dictaminadas se ven reflejadas de manera afirmativa en la administración de la justicia boliviana y de cómo esta trata los casos de prisión preventiva, desde el punto de evaluarla minuciosamente e imponer otra medida alternativa, como es la medida de detención domiciliaria, la cual se fundamenta en la pandemia por coronavirus. Se debe tener en cuenta, que no sólo la invocación del factor pandemia puede llevar a sugerir la imposición de la medida opcional destacada. Por el contrario, cada caso debe ser analizado de manera independiente, ya que se debe evaluar meticulosamente las razones de tipo humanitario que se establecen como fundamento para la aplicación de este instituto procesal. Es por eso que el peligro que atraviesa la salud y la vida de las personas propensas que se encuentran internadas en los centros penitenciarios del país se considera como una razón de tipo humanitario, la cual permitiría variar la condición en la que se encuentran los reclusos; en otras palabras, el instituto procesal en la que pueden emplearse razones de tipo humanitario para reemplazar a prisión preventiva, es la prisión domiciliaria.

18. La CIDH Frente a la pandemia del COVID-19 y la situación especial de riesgo que enfrentan las personas privadas de libertad.

Mediante distintos mecanismos incluyendo su Resolución No. 01/20 sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas– la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado sobre la especial situación de vulnerabilidad que enfrentan las personas privadas de libertad en la región, la cual se ha agudizado durante la pandemia originada por el virus del COVID-19. En este sentido, urge a los Estados adoptar medidas urgentes que permitan responder de manera oportuna a las problemáticas de los sistemas penitenciarios que estarían siendo exacerbadas en este contexto. En particular, la CIDH reitero el llamado a reducir población carcelaria, a través de la aplicación de medidas

alternativas a la privación de libertad.

La Comisión observo que la situación de especial vulnerabilidad que enfrentan las personas privadas de libertad responde no solo a las deficiencias estructurales que caracterizan los respectivos sistemas penitenciarios de la región originadas en gran medida por los altos niveles de sobrepoblación sino también a la falta de implementación de medidas de prevención y de respuesta oportunas para evitar la propagación del virus. En este sentido, de conformidad con la información a su alcance, la CIDH advierte que los sistemas penitenciarios en la región se caracterizan, entre otras cuestiones, por: i) la imposibilidad de contar con la habilitación de espacios con distancia adecuada, proveer atención médica adecuada y evitar contagio en atención a altos niveles de hacinamiento; ii) el escaso número de pruebas de detección, y iii) la falta de productos de protección e higiene necesarios.

Respecto de los altos niveles de hacinamiento que caracterizan la región, la CIDH observo que en términos generales, datos del World Prison Brief reportan que actualmente el número total de población que se encuentra en las penitenciarías es de 3.872.463 personas. Partiendo de la capacidad de alojamiento de las cárceles, el promedio de hacinamiento a nivel regional es de 144.2%. En determinados países, y en atención a los elevados niveles de hacinamiento, la situación resulta de especial preocupación. En este sentido, Haití tiene la tasa de hacinamiento más alta de la región, con un nivel de 454.4%, seguido por Bolivia y Perú, donde estos niveles alcanzan el 363.9% y 240.3%, respectivamente. Brasil, por su parte, constituye el tercer país con mayor población carcelaria a nivel mundial. Según datos oficiales del Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN-Brasil), a finales de diciembre de 2019, la cantidad de personas privadas de libertad en el país equivalía a 755.274, con una tasa de hacinamiento de 170.74%. En Honduras, según las últimas cifras publicadas por el Instituto Nacional Penitenciario (INP) a finales de junio, el país contaría con una población de 21.872, lo cual de acuerdo con información aportada por el Estado, representaría una tasa de hacinamiento del 148%.

Mediante todos sus mecanismos, la CIDH ha manifestado su preocupación por los altos niveles de sobrepoblación en la región. Al respecto, ha señalado que el hacinamiento constituye uno de los principales problemas en materia de privación de libertad en las Américas, y entre otras cuestiones, representa serios riesgos para la vida e integridad personal de las personas detenidas. En particular, la Comisión se ha referido a las graves consecuencias de la sobrepoblación para la salud de las personas privadas de la libertad ante el avance del COVID-19.

En este sentido, la CIDH señala que el hacinamiento constituye una amenaza debido al incremento del riesgo de contagio de enfermedades de tipo infeccioso, tal y como fuera indicado en su comunicado del 31 de marzo. Según la información disponible, esta situación afecta en mayor medida a personas que pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad, como personas mayores, y con enfermedades crónicas o autoinmunes. Asimismo, en atención a los altos niveles de población, la Comisión considera que los espacios en cárceles caracterizadas por altos niveles de sobrepoblación no harían posible mantener la distancia adecuada para evitar contagio del COVID-19.

En este contexto, y frente a la pandemia del COVID-19, la CIDH observa que diversos países de la región han adoptado varias medidas a fin de prevenir la propagación del virus, principalmente a través de la reducción de la población carcelaria. Al respecto, se han implementado principalmente dos tipos de iniciativas: las que buscan aplicar medidas alternativas a la privación de libertad y aquellas que se dirigen a conmutar la pena mediante indultos y amnistías. En términos generales, estas iniciativas estarían dirigidas a personas que cometieron delitos no violentos, y que pertenecerían a grupos que se encuentran en situación especial de riesgo, tales como personas mayores, personas que padecen enfermedades crónicas o autoinmunes, mujeres embarazadas, y madres con hijos e hijas menores.

Entre las medidas que buscan la aplicación de medidas alternativas, la CIDH destaca: i) el Decreto No. 36-2020 de Honduras, emitido el 10 de junio de 2020, que además abre la posibilidad de que se impongan medidas alternativas a la

prisión preventiva respecto de delitos considerados como inexcusables por el artículo 184 del Código Procesal Penal; ii) los Decretos Legislativos de Perú No. 1459 y No. 1513, emitidos el 14 de abril de 2020 y 4 de junio, respectivamente; iii) el Decreto Legislativo N°546-2020 de Colombia, publicado el 14 de abril de 2020, y iv) la Recomendación 062/2020 del Consejo Nacional de Justicia de Brasil, de 17 de marzo de 2020. Por su parte, la CIDH resalta que la Ley de Amnistía de México de 20 de abril y el Decreto Supremo No 004-2020-JUS de Perú de 22 de abril, buscan el otorgamiento de gracias para la excarcelación de personas detenidas. De igual forma, el Decreto Supremo OO6-2020-JUS de Perú, emitido el 1 de mayo de 2020, establece criterios para conceder gracias respecto de adolescentes en contacto con la ley penal.

A pesar de las iniciativas adoptadas, la situación de las personas privadas de la región en el contexto de la pandemia resulta una de las principales preocupaciones de la Comisión, al colocarlas en especial riesgo de contagio, y en su caso, de no contar con la atención médica adecuada para tratar el COVID-19. En este sentido, de conformidad con datos disponibles, se estima que a mediados de agosto, se contarían con un total de 138,522 casos positivos en las cárceles de la región, y al menos 1.504 personas fallecidas por el virus del COVID-19 intramuros. Al respecto, la CIDH advierte que estas cifras podrían ser significativamente más altas debido a la falta de recopilación y publicación precisa sobre la cantidad de casos de COVID-19 en los respectivos sistemas penitenciarios.

En consecuencia, la Comisión observo que otro factor que explicaría la posibilidad de un sub registro de contagios y fallecimientos a causa del COVID consistiría en la escasa cantidad de pruebas de detección que se realizan en centros de privación de libertad. Por ejemplo, en Brasil según datos al 3 de septiembre se habían realizado pruebas a únicamente 64.536 personas, lo que corresponde a menos del 8.34% del total de la población penitenciaria. En Honduras, el Estado reportó que se habían realizado un total de 4.593 pruebas de diagnóstico dentro de los sistemas penitenciarios de Honduras, lo cual equivaldría

únicamente al 20.9% de la población penitenciaria. Sin embargo, la CIDH advierte que este número sería incluso menor tomando en cuenta que la cantidad de pruebas reportadas incluiría también a las realizadas al personal penitenciario. Del mismo modo, en Venezuela, según información reportada por familiares al Observatorio Venezolano de Prisiones, las pruebas de detección del virus se estarían realizando principalmente a funcionarios en los centros de detención y no a las personas detenidas. Por otra parte, la Comisión observa que frente a la pandemia del COVID-19, una de las medidas más comunes implementadas por los Estados de la región para evitar el contagio del virus ha sido la suspensión de visitas a los centros penitenciarios, lo que obstaculiza la obtención de insumos de higiene y protección sanitaria. En este contexto, en países como Colombia, Honduras, México, y Venezuela –según información presentada a la CIDH por organizaciones civiles– el acceso regular a los productos de aseo personal que les brindaban los familiares a las personas detenidas se vería seriamente restringido. En el caso de Brasil, según los resultados del cuestionario realizado por la Pastoral Carcelaria a diferentes actores vinculados al sistema penitenciario, un 65,9% de las personas indicaron que los productos de higiene y alimentos enviados a las personas privadas de libertad no estarían entrando en las prisiones. En este sentido, y retomando en llamado realizado por el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, la Comisión reitera a los Estados permitan que los familiares envíen suministros necesarios de higiene y alimentación, con las medidas de protección necesarias a fin de evitar propagación del virus.

Por otra parte, la restricción de visitas también podría tener serias consecuencias para la salud mental de las personas privadas de libertad. Al respecto, según información enviada a la CIDH, la prohibición de visitas en Colombia también aplicaría a personal de psicología y de trabajo social, lo que estaría impactando el bienestar general de las personas detenidas. En este contexto, la Comisión urge a los Estados –en el mismo sentido en que han llamado la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Organización Mundial de la Salud– a que ante la restricción de visitas en persona, se adopten

otras medidas como videoconferencias, aumento de comunicaciones telefónicas, y comunicación electrónica.

En atención a lo anteriormente expuesto, y frente la pandemia del COVID-19, la Comisión reitera la obligación especial que tienen los Estados de la región de adoptar las medidas inmediatas y urgentes que se dirijan a proteger la vida, salud e integridad de las personas bajo su custodia. En particular, la CIDH urge a los Estados a realizar acciones tendientes a reducir la población carcelaria. Todo lo anterior, tomando en cuenta diversas recomendaciones de la Comisión, contenidas principalmente en la Resolución No. 01/20 sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, y en los comunicados de prensa de fechas de 31 de marzo y 26 de junio. La implementación de estas medidas es de especial urgencia considerando que las consecuencias de la pandemia representan un mayor riesgo para la población que se encuentra privada de libertad. La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia.

CAPÍTULO IV

MARCO JURÍDICO

El Antiguo régimen de las medidas cautelares contenido en el Código de Procedimiento Penal de 1973 D.L. 10426, hizo que la excepción se convirtiera en regla, ya que una de las primeras actuaciones que tenía lugar dentro del proceso penal era la detención preventiva del acusado de cometer un delito. Las medidas cautelares se convirtieron en el mejor instrumento para abusar de quienes eran económicamente débiles y carecían de poder político; y esta situación generó situaciones gravísimas de violación a los derechos de las personas acusadas de cometer algún delito, que por más leve que sea, estas permanecían detenidas por más tiempo del que estarían privadas de su libertad en caso de ser declaradas culpables en sentencia, más aun cuando no existía sentencia cuyas detenciones se originaban en procesos investigativos, arbitrarios, autoritarios, donde hasta el policía investigador, si tenía la gana de detener procedía a su detención, bajo una discrecionalidad única que solo exista una denuncia o querrela penal instada en el Ministerio Público, o luego de estar detenidas por largos años, eran declaradas inocentes.

Consignándose en el viejo Código de Procedimiento penal de 1973 en su arts. 190 al 218, con el nomen juris de “Medidas Jurisdiccionales”, cuyas disposiciones legales sirvieron en el otrora procedimiento penal para que las cárceles bolivianas se llenaran de detenidos preventivos que, la mayoría de las veces, cumplían detenciones que sobrepasaban con creces las que legalmente pudieran corresponder. El juez instructor tenía en sus manos la suerte del imputado y no necesitaba fundamentar ni tomar en cuenta los derechos fundamentales ni las garantías constitucionales para ordenar la detención preventiva (que, en muchos casos se convertía en indefinida).

El abuso de la detención preventiva del imputado, propia de un modelo inquisitivo que primero detiene y después investiga, caracterizó el viejo régimen cautelar. Los

rigores del modelo inquisitivo se hicieron sentir, particularmente en la aplicación de la controversial ley N° 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas. El carácter abusivo y perverso del antiguo régimen cautelar, entre otras cosas prevaleció, por lo que la sociedad civil, ha demandado enérgicamente un cambio radical en la justicia penal, que tuvo como primer intento de este cambio un gran avance de la defensa de los derechos fundamentales con la ley de Fianza Juratoria contra la retardación de justicia penal Ley N° 1685 del 2 de febrero de 1996, que intento resolver una de las grandes obstrucciones que se daba en el anterior modelo inquisitivo la retardación de justicia y el uso abusivo que se hacía con la detención preventiva del imputado, constituyendo esta ley en una primera reforma cautelar, cuando a través de ella se reconocía los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Es así que la aludida reforma cautelar se consolida en el nuevo Código de Procedimiento Penal el 25 de marzo del 1.999, cuando entra en vigencia el Nuevo Régimen de Medidas Cautelares contenido en el Código de Procedimiento Penal Ley N° 1970, que no solo es aplicable a las causas nuevas, sino también a las que se encontraban en proceso de liquidación, donde todos los jueces sin excepción, a partir del 25 de marzo del 1.999, debieron aplicar automáticamente las nuevas medidas cautelares, puesto que habían sido derogadas todas las normas procesales penales previstas en leyes especiales, así como toda otra disposición legal que fueran contrarias a este código, estableciendo que la aplicación de las medidas cautelares en el proceso penal incluida la detención preventiva, tendrán carácter excepción y solo cumplirán fines procesales, como ser evitar la fuga del imputado y evitar la obstaculización de la investigación por parte de este, la que se conoce doctrinalmente como peligrosidad procesal.

El actual Código de Procedimiento Penal sancionado por ley N° 1970, supera los problemas del antiguo régimen de medidas cautelares del D.L. 10426, limitando el abuso de poder, reconociendo la importancia de proteger al presunto inocente como garantía de todos los bolivianos y estableciendo que la existencia de las medidas cautelares solo se justifica en la necesidad que tiene el Estado de

asegurar una investigación eficiente dentro de un juicio previo, donde el imputado debe defenderse en libertad a través de la inclusión de las Medidas Sustitutivas a la detención preventiva, como es el arresto domiciliario, la presentación periódica, la prohibición de salir del país, la prohibición de frecuentar determinados lugares, la fianza juratoria, la presentación de garantes personales solventes o una fianza económica o real.

1. DERECHO COMPARADO

a) Argentina

Como se ha manifestado en forma precedente, el sistema procesal penal de la Argentina resulta ser de corte inquisitivo, vigente desde el 4 de septiembre de 1991, donde la detención preventiva si bien es cierto que es excepcional, la misma puede ser autorizada en forma escrita, verbal o telegráficamente por el juez instructor, no procediendo la detención a menores de 18 años, existe la caución personal, para lo cual el fiador debe tener la capacidad de contratar con solvencia económica y no tenga más de cinco fianzas subsistentes, esta situación de las fianzas múltiples, en nuestra anterior legislación al igual que la actual que se tiene no es reconocida, dada que se estaría dando a burlar la finalidad de las medidas cautelares que sustituyen a una Detención Preventiva. El juez podrá disponer como medida cautelar la exclusión del hogar del procesado, si el procesado tuviere deberes de asistencia familiar y la exclusión hiciere peligrar la subsistencia de los alimentados, se dará intervención al asesor de menores para que promuevan las acciones que correspondan., siendo que los autos de procesamiento pueden ser revocados y reformados de oficio durante la instrucción, contra lo cual sólo podrá interponerse apelación sin efecto suspensivo por las partes. Los sometidos a prisión preventiva serán alojados en establecimientos diferentes a los de los penados. Se dispondrá su separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se les atribuye, también puede ordenarse la detención domiciliaria de las personas que

pueda corresponder en derecho, no procediendo la prisión preventiva con respecto a los menores de dieciocho años, también procederá la exención de prisión a toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, donde el juez calificará los hechos de que se trate.²⁸

b) República de Venezuela

La legislación procesal penal de la República Bolivariana, ha sido puesta en marcha el 14 de noviembre del 2.001, en la misma se dispone la privación de libertad es una medida cautelar, que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso, se basan en la proporcionalidad de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable, con limitaciones a las personas mayores de setenta años; de las mujeres en los tres últimos meses de embarazo; de las madres durante la lactancia de sus hijos, hasta los seis meses posteriores al nacimiento; o de las personas afectadas por una enfermedad en fase terminal, debidamente comprobada, en cuyos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará la detención domiciliaria, estas medidas cautelares deben ser motivadas, procediendo la Detención Preventiva, cuando el hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita; cuando exista fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión de un hecho punible; cuando exista una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación. En todo caso que el imputado sea aprehendido, deberá ser puesto a la orden del juez para que éste decida, después de oírlo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, sobre la libertad o la privación preventiva de ella, cuando el Ministerio Público solicite la aplicación de esta medida. Decretada la privación preventiva judicial de libertad durante la fase preparatoria, el fiscal deberá

²⁸ Bacre, A. (2008) "Medidas Cautelares" Edit. La Rocca Buenos Aires – Argentina.

presentar la acusación, solicitar el sobreseimiento o, en su caso, archivar las actuaciones, a más tardar dentro de los veinte días siguientes a la decisión judicial, también se debe tomar en cuenta el peligro de fuga debiéndose tener presente el Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; La pena que podría llegarse a imponer en el caso; La magnitud del daño causado; El comportamiento del imputado durante el proceso, o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal, así como el peligro de obstaculización para lo cual debe tenerse en cuenta, la grave sospecha de que el imputado obstaculizara el proceso, no procediendo la detención preventiva cuando el delito merezca una pena privativa de libertad menor de cinco años en su límite máximo, y el imputado carezca de antecedentes penales, sólo procederán medidas cautelares sustitutivas.

c) República del Paraguay

El Código Procesal Penal de la república del Paraguay, es sancionada por ley N° 1286/98 de 8 de julio de 1998, poniéndose en vigencia para su aplicación en forma parcial a partir del 9 de julio de 1999 y en forma total desde el 28 de febrero del 2.003, y dispone que las medidas cautelares sólo serán impuestas, excepcionalmente, siempre mediante resolución judicial fundada y durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación, teniendo el carácter personal o de carácter real. Las medidas cautelares de carácter personal consistirán en la aprehensión, la detención preventiva y la prisión preventiva, cuya aplicación se hará con criterio restrictivo. Las medidas cautelares de carácter real serán las previstas por el código procesal civil. Estas podrán ser impuestas únicamente en los casos expresamente indicados por este código y en las leyes especiales. La privación de libertad debe ser proporcional a la pena que se espera no debiendo sobrepasar la pena mínima prevista para cada hecho punible en la ley, ni exceder el plazo que fija el código para la terminación del procedimiento o durar más de dos años, no procediendo la prisión preventiva

en los hechos punibles de acción privada, en aquellos que no dispongan pena privativa de libertad o cuando la prevista sea inferior a un año de prisión, sin perjuicio de las medidas sustitutivas, que podrán ser decretadas conforme a la naturaleza de cada caso, teniendo como limitaciones de no decretarse la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años, de las mujeres en los últimos meses de embarazo, de las madres durante la lactancia de sus hijos o de las personas afectadas por una enfermedad grave y terminal debidamente comprobada, en estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará el arresto domiciliario.

La prisión preventiva tiene como requisitos: 1) que existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un hecho punible grave; 2) sea necesaria la presencia del imputado y existan hechos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible; y 3) cuando por la apreciación de las circunstancias del caso particular, existan hechos suficientes para suponer la existencia de peligro de fuga o la posible obstrucción por parte del imputado de un acto concreto de investigación, asimismo se tendrá para decidir el peligro de fuga, por la falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; la pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento; la importancia del perjuicio causado y la actitud que el imputado asume frente a él y, el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior del que se pueda inferir, razonablemente, su falta de voluntad de sujetarse a la investigación o de someterse a la persecución penal, también se tendrá en cuenta el peligro de obstrucción de un acto concreto de investigación, se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

- destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;
- influirá para que los co - imputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o,
- inducirá a otros a efectuar tales comportamientos.

También se tiene las Medidas Alternativas o Sustitutivas a la Detención Preventiva siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el juez, de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión preventiva, alguna de las alternativas siguientes: 1) el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella; 2) la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez; 3) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; 4) la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez; 5) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares; 6) la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; y 7) la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas. El juez podrá imponer una o varias de estas alternativas, conjunta o indistintamente, según cada caso, adoptando las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento.

2. DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.

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

En cuanto al fundamento del otorgamiento del rango constitucional a estos tratados, el convencional argentino Juan P. Cafiero señalaba que "otorgar jerarquía constitucional a estos instrumentos es situar al ser humano por sola condición de tal en el centro de la tutela del orden jurídico. Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, conforman una

obligación para todos, y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del derecho.

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

La jerarquía constitucional de estos pactos internacionales se proyecta en materia penal, ya que las garantías de naturaleza penal que contienen deberán aplicarse sin ningún tipo de limitación en nuestro sistema penal, pues estas garantías gozan del mismo rango constitucional que las establecidas en la parte dogmática de la Constitución.²⁹

Sin embargo la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su Art. 410, los tratados internacionales están debajo de la constitución. Gran parte de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos tutelan a la garantía de presunción de inocencia precautelando que no se viole este y otros derechos fundamentales que goza toda persona.

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

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

²⁹ Melgarejo del Castillo, R. (2000) "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal Boliviano".

2.1. LA CARTA DE SAN FRANCISCO

Según la Carta Constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobada en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945, es propósito del Organismo Internacional promover "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades".³⁰ Ese propósito se expresa reiteradamente en el preámbulo del Estatuto de las Naciones Unidas.

2.2. DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en Paris, Francia, el 10 de diciembre de 1948. En ese instrumento se definen y detallan los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales del hombre. Muchos de esos derechos y de esas libertades ya fueron proclamados el siglo XVIII por la Revolución Francesa, tales como el derecho a la vida, la libertad, la seguridad de las personas, la libertad de pensamiento y de conciencia, etc.

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

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

- El derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas.
- La prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos.
- La prohibición de infligir tortura y tratos crueles.
- La igualdad ante la ley.

³⁰Organización de las Naciones Unidas, Carta de San Francisco, Inc. C, Art. 55.

- El derecho a que se presúmalas inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.³¹
- La libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- El derecho a la propiedad y a no ser privado arbitrariamente de ella.
- El derecho al trabajo y a sindicalizarse.
- El derecho a la educación y a tomar parte en la vida cultural de la negación.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es una recomendación y como tal, no puede ser impuesta a los Estados que la suscriben. De ahí que la Asamblea general encarga a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. (ONU) la preparación de los Tratados Internacionales que recojan los principios enunciados y hagan efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales en todo el planeta.³²

Son varios los pactos adoptados sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales. Todos confirman el derecho de los pueblos a la autodeterminación y recomiendan y obligan a las altas partes que los suscriben, a la aplicación de los derechos y libertades reconocidos en los pactos, a través de las legislaciones internas.³³

2.3. DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

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

³¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 11.

³² Trigo, C. (2006) "Manual de Derecho Internacional Público" editorial: Campo Iris, La Paz – Bolivia.

³³ Trigo, C. (2006) "Manual de Derecho Internacional Público" editorial: Campo Iris, La Paz – Bolivia.

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

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

Artículo XXVI.- (Derecho a proceso regular)

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

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

2.4. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

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

Artículo 8.- (Garantías Judiciales)

- 1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
- 2) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad durante el proceso, **toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías:**
 - a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

- c) concusión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo no nombrara defensor dentro de un plazo establecido por Ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.
- 3) La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 - 4) El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 - 5) El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

2.5. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.

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

Artículo 14.

- 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.
Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas

garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad.

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

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

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

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

A continuación se presenta la conclusión respecto a cada uno de los objetivos específicos de la presente investigación y de esta manera responder de forma propositiva al objetivo general como problema planteado.

1.- Identificar la problemática actual del uso sistemático y arbitrario de la detención preventiva, ligada por relación al COVID-19 en Bolivia.

Con respecto a esto, debemos indicar que lamentablemente los administradores de justicia, ante cualquier hecho delictivo, sea de menor o mayor gravedad, determinan la detención preventiva sin tomar en consideración las demás medidas cautelares establecidas a raíz de la promulgación de la Ley N.- 1173, que modifica el Código de Procedimiento Penal, referido al régimen de las medidas cautelares personales y reales.

2.- Describir el impacto negativo del uso de la detención preventiva durante la coyuntura con relación a la pandemia COVID-19, en atención al hacinamiento carcelario existente en las penitenciarías del país.

Ante el planteamiento descrito, debemos indicar que nadie tiene dudas de la peligrosidad de la pandemia del COVID-19, y la facilidad de contagio de la misma, todo esto generando el hacinamiento carcelero existente en todas las penitenciarías del país, en este entendido estamos seguros que estas condiciones son propicias para proliferar la propagación de contagio y el proceso de la pandemia del COVID – 19.

3.- Detallar la conceptualización de la detención domiciliaria, establecida en atención a la promulgación de la Ley N.- 1173.

En base a la normativa vigente, debemos indicar que la puesta en vigencia de la Ley N.- 1173, de fecha 03 de mayo de 2019, que deroga el Artículo 240 del Código de Procedimiento Penal, referida a las medidas sustitutivas con detención

preventiva, entre ellas la detención domiciliaria, trata de sacar a la detención preventiva del centro privilegiado que ocupa, por ello la detención domiciliaria, modernizando su aplicación con el uso de dispositivos electrónicos provistos por la misma Ley mencionada, es totalmente viable para sustituir la detención preventiva.

Con el aporte investigativo realizado y las respuestas emitidas a nuestros Objetivos Específicos planteados en esta investigación, siendo estas el mejor soporte para emitir de forma propositiva para una efectiva viabilidad de la Detención Domiciliaria como medida excepcional en las Medidas Cautelares Personales por presencia del Covid-19 en nuestro país, también debemos indicar que la prisión preventiva, al ser una medida coercitiva excepcional, ha tenido un uso excesivo e innecesario dentro de la administración del sistema judicial. En consecuencia, los derechos humanos de las personas sin sentencia condenatoria han sido quebrantados de forma irreversible hasta el punto de que presuntos inocentes han vivido un considerable tiempo dentro de centros penitenciarios en condiciones que carecen de salubridad, el grupo de derechos humanos al cual hemos hecho mención, encierran al derecho a la vida, derecho a la salud y al derecho a la presunción de inocencia como los derechos pilares vulnerados en la mayoría de los países de la región. En sincronía con Zaffaroni (2020) nos encontraríamos ante una nueva modalidad de lesa humanidad como problema nocivo transnacional. En efecto, la CIDH complementa mediante la emisión de un informe, diversas ideas que aclaran el oscuro panorama respecto a esta problemática en tiempos de pandemia por causa del COVID -19 de emergencia sanitaria, teniendo en cuenta la diversidad de factores que esta implica y vulnera.

Es por eso, por lo que también sugiere un minucioso análisis de la prisión preventiva, y la probabilidad de optar por otras medidas opcionales a esta. En particular, ingresando a la legislación boliviana, se visualiza que a pesar de las deficiencias que presentan el ámbito gubernamental y sus diversos sectores, este ha tratado de sobrellevar y combatir la propagación del COVID-19, efectuando ciertas decisiones, entre las que se encuentra la prohibición de ingreso de más

personas a los centros penitenciarios. Es por ello también que el ordenamiento jurídico procesal penal boliviano ha tenido que optar por diversas medidas alternativas, como la prisión domiciliaria, la cual tienen como uno de sus fundamentos ejes a la razón de tipo humanitaria.

Se ha llegado a establecer, que tanto autoridades judiciales del mismo rango como los son los jueces instructores, Jueces de Sentencia Unipersonal, los Sres. Jueces de los Tribunales de Sentencia, así como las autoridades de mayor rango, llámese Corte Superior en las Salas Penales, en la aplicación de una medida cautelar de carácter personal en lo específico, así como la medida cautelar de carácter real, se desarrolle un mecanismo de interpretación para la resolución de una medida cautelar, que fácilmente la observamos, al dar lectura cualquiera de sus fallos que se emiten sobre medidas cautelares. De ahí que esta investigación propugna el equilibrio entre la búsqueda de la eficiencia y la salvaguarda de los derechos y garantías, que logren que se constituya en la síntesis que busca cumplir eficazmente las tareas de defensa social, sin abdicar el resguardo de los derechos y garantías del imputado, bajo cuya concepción político-criminal han sido configurados los más recientes códigos procesales.

PROPUESTA TRABAJO DIRIGIDO

La Constitución Política del Estado (CPE) es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. Art. 410 par. II C.P.E. “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes”.

La Constitución Política del Estado define los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos. Definir significa fijar con claridad, exactitud y precisión la naturaleza de una cosa. En este caso, los derechos fundamentales. ¿De quién? De los ciudadanos. Un derecho fundamental es una facultad o poder reconocido a una persona por ley suprema vigente que le permite realizar o no ciertos actos. Por ejemplo, el derecho a la propiedad, a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual, al agua y a la alimentación, a la educación en todos los niveles, a la salud, a un hábitat y vivienda adecuado.

Art. 15 par. I C.P.E. “Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual, Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte”.

Art. 15 par. III C.P.E. “El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado.

En el mismo orden de las cosas, me permito reforzar lo citado precedentemente, con lo sucesivo.

La diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales es que los derechos humanos son de carácter universal (protegen a todos los individuos), por lo tanto, no dependen de los Estados, y al tener alcance internacional van más allá de lo dispuesto en la constitución o las leyes de un país, por lo que son de cumplimiento obligatorio.

Por su parte, los derechos fundamentales son las garantías que aplican exclusivamente a los ciudadanos o residentes de un territorio determinado, su alcance es nacional y sus disposiciones y cumplimiento dependen del Estado.

Asimismo, es posible plantearse si desde el punto de vista histórico y científico los derechos fundamentales deben considerarse como antecedentes de los humanos, por lo que, se asimilaría los derechos humanos a los principios en virtud de su generalidad y los derechos fundamentales a las normas jurídicas.

Se ha intentado encontrar la diferencia entre estas dos categorías en su estructura, ya que ambos establecen una forma de deber ser y en mi opinión tienen la misma configuración natural.

La diferencia radica más bien en la posibilidad de exigir el respeto de la consecuencia jurídica, lo que hace notorio que la diferencia más que referirse a la estructura de la norma, se encuentra en su efectividad y eficacia, cuestiones dependientes de los medios de protección y defensa de los derechos más que de su estructura. Entonces se sostiene que los derechos humanos han existido siempre y los derechos fundamentales son solamente el resultado del reconocimiento de su relevancia y positivización, un producto histórico y cultural. Lo cual explicaría su variada protección por los sistemas jurídicos tanto en sus contenidos, como en sus formas.

En atención a las nociones y preceptos que anteceden sobre los derechos

humanos y fundamentales, y sobre la base de Sentencias Constitucionales preceptuadas como: SCP 0148/2015-S2 de fecha 23 de febrero de 2015, SCP 0233/2018-S3 de fecha 11 de mayo de 2018, SCP 0177/2019-S2 de fecha 24 de abril de 2019, Circular TSP-11/2020 de 17 de abril de 2020, SCP 1123/2022-S2 de fecha 12 de septiembre de 2022. (Nogueira Alcalá sobre las sentencias constitucionales: más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho).

Se puntualiza lo subsiguiente, la acción de libertad instituida por el art. 125 de la CPE, tiene por finalidad la protección de los derechos a la vida y la libertad cuando la persona creyera estar ilegalmente perseguida, indebidamente procesada o privada de su libertad, o considere que su vida está en peligro.

Por lo tanto, la acción de libertad es un mecanismo de defensa constitucional extraordinario de carácter preventivo, correctivo y reparador, instituido para la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales referentes a la libertad física como de locomoción en casos de detenciones, persecuciones, apresamientos o procesamientos ilegales e indebidos por parte de los servidores públicos o de personas particulares; así como a la vida, cuando ésta se encuentra afectada o amenazada por la restricción o supresión de la libertad.

Como precedente la SC 1579/2004-R de 1 de octubre de 2004, efectuó una clasificación del entonces recurso de hábeas corpus ante violaciones a la libertad individual y/o de locomoción, señalando que puede ser reparador, si ataca una lesión ya consumada; preventivo, si procura impedir una vulneración a producirse; o, correctivo, si intenta evitar que se agraven las condiciones en las que se mantiene a una persona detenida.

Epítome, el presente trabajo tiene como objetivo y/o destino proyectar expresamente un oportuno, eficaz y lícito ARTÍCULO que no dilate la detención

preventiva de aquel que sufre una afección y/o patología crónica y/o terminal, apartado que conformará un cuerpo legal, y a la par, que su contenido de una estructura organizada.

Modificación al Artículo 239 (CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA correspondiente a la Ley N° 1970 de Código de Procedimiento Penal, adicionando el Numeral 7 y los párrafos complementarios, tal como se señala a continuación:

ARTÍCULO 239.- (CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA).

Las medidas cautelares personales cesarán por el cumplimiento de alguna de las siguientes causales:

1. Cuando nuevos elementos demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida.
2. Cuando haya vencido el plazo dispuesto respecto al cumplimiento de la detención preventiva, siempre y cuando el fiscal no haya solicitado la ampliación del plazo de la detención.
3. Cuando la duración de la detención preventiva exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga.
4. Cuando la duración de la detención preventiva exceda de doce (12) meses sin que se haya dictado acusación o de veinticuatro (24) meses sin que se hubiera dictado sentencia, excepto en delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, trata y tráfico de personas, asesinato, violación a niña, niño, adolescente e infanticidio, narcotráfico o sustancias controladas.
5. Cuando la persona privada de libertad acredite que se encuentra con enfermedad grave o en estado terminal.
6. Cuando la persona privada de libertad acredite el cumplimiento de sesenta y cinco (65) años de edad, salvo en delitos contra la vida, integridad corporal o libertad sexual de niñas, niños, adolescentes, mujeres y adultos mayores, delitos de corrupción y vinculados, de lesa humanidad, terrorismo, genocidio, traición a la patria, crímenes de guerra y narcotráfico y/o sustancias controladas.
7. Cuando la persona privada de libertad acredite sea de manera personal o a través de un tercero, la existencia de una enfermedad que ponga en peligro su vida por causa de una pandemia, epidemia, endemia o peste, y al mismo tiempo

pueda poner en peligro el bienestar colectivo.

Planteada la solicitud, en el caso de los numerales 1, 2, 5, 6 y 7, la jueza, el juez o tribunal deberá señalar audiencia para su resolución dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas.

En el caso de los numerales 3 y 4, la Oficina Gestora de Procesos, a través del buzón de notificaciones de ciudadanía digital, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes correrá traslado a las partes, quienes deberán responder en el plazo de cuarenta y ocho (48) horas. Con contestación o sin ella, la jueza, el juez o tribunal dictará resolución sin necesidad de audiencia, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, declarando la procedencia, siempre que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado, o la improcedencia del beneficio, sin posibilidad de suspensión de plazos.

En los casos previstos en los numerales 2 al 7 del presente Artículo, la jueza, el juez o tribunal aplicará las medidas cautelares que correspondan, previstas en el Artículo 231 bis del presente Código.

La cesación de la detención preventiva por las causas señaladas en los numerales 3 y 4 del presente Artículo, dará lugar a la responsabilidad de la jueza, el juez, tribunal o fiscal negligente. Cuando la cesación sea resuelta en audiencia pública y ante la ausencia de cualquiera de los sujetos procesales, se seguirá en todo lo pertinente, lo establecido en el Artículo 113 de presente Código.

Para finalizar se tiene esperanza que el trabajo dirigido, sirva como precedente jurídico, para futuras emergencias epidemiológicas que pudieran presentarse.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacre, A. (2008). *Medidas Cautelares*. Buenos Aires – Argentina: Editorial La Rocca.
- Brandt, H. (1986). “*Justicia Popular - Nativos Campesinos*”. Lima – Perú: Editorial Fundación Friedrich Neumann.
- Borjas, A. (2003), *De la Tercería en el Derecho Procesal Civil*. Caracas – Venezuela: Editorial Fabreton, Segunda Edición aumentada.
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires – Argentina: Editorial Heliasta, Décima Sexta Edición.
- Calamandrei, P. (1964). *Providencias Cautelares*. Buenos Aires – Argentina: Editorial Bibliográfica.
- Carnelutti, F. (1964). *Como se hace un Proceso - Monografías Jurídicas*. Bogotá – Colombia: Editorial Temis. Bogotá.
- Castañeda, S. (2020). “Conocimiento sobre medidas preventivas frente al covid-19 en comerciantes del mercado de Villa Maria del perpetuo socorro”. Tesis Universidad Norbert Wiener. Ver: https://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/123456789/3831/T061_47252042_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Castellanos, G. (2007). “*Estructura y Fundamentación de Resoluciones Judiciales*” Editorial IJB Modulo XI.
- Collado, M. (2007) “*Argumentación Jurídica*” Maestría en Administración de Justicia. Editorial IJB Modulo VIII.
- Comisión Andina de Juristas. (1999). “Gente que hace Justicia - La justicia

de paz”. Lima – Perú.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [C.I.D.H.] 2000 “La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas”. 19 de octubre de 2000 - OEA/Ser L/VII.108. Doc. 63.
- Cornejo, D. y Rafael, M. (2020). “*La sobrepoblación penitenciaria a causa de la prisión preventiva en tiempos de COVID-19*”. Cuaderno Jurídico y Político”,6(15) ,69–80. <https://doi.org/10.5377/cuadernojurypol.v6i15.11154>
- Defensoría del Pueblo. [D.D.P.] 2008 “*Expresan reconocimiento por la labor de las Rondas Campesinas y Comités de Autodefensa en la lucha contra el terrorismo y el restablecimiento del orden y la paz nacional*” Diario Oficial “El Peruano” - Resolución Defensorial N° 55-DP-2000 (09.11.00). Normas Legales.
- Defensoría Del Pueblo. [D.D.P.] 1999 “*Serie Informes Defensoriales N° 31. Situación de los derechos Humanos en Jaén, Bagua y San Ignacio*”. Lima – Perú. Pág. 26.
- Dermizaky, P. (1991). “*Derecho Constitucional*”, Cochabamba – Bolivia: Editorial AROL.
- Espinoza, C. (2007) “*Código de Procedimiento Penal – Código Penal*” Editorial El País.
- Estado Plurinacional de Bolivia. “*Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*” (21 de octubre de 2008).
- Fábrega, J. (1975). *Medidas Cautelares en Distintas Ramas del Derecho*.
- Fábrega, J. (1996). *Medidas Cautelares Estudios Procesales*.
- Ferrajoli, Luigi. 2006. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid – España: Trotta.

- Fontán, C. (1995). *“Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires – Argentina: Editorial Abelardo.
- Goité, M. (2002). *Los Sistemas Penales, desarrollado en Curso de Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas*. La Paz – Bolivia: Editorial Post Grado de la UMSA. Carrera de Derecho.
- Herrera, W. (2003). *“El Sistema de Garantías en el Proceso Penal boliviano, desarrollado en el II Seminario Internacional del Sistema Oral Acusatorio en el Siglo XX”*. Sucre – Bolivia.
- Herrera, W. (1999). *“Derecho Procesal Penal - El Nuevo Proceso Penal”*. Santa Cruz – Bolivia: Editorial Universitaria,
- Herrera, C. (2006). *“Módulo de Derecho Procesal Penal I”*. Panamá.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, [I.I.D.H.]. (1995). *“El Estado del Derecho Consuetudinario: El caso de Perú – Fernando Bazán Cerdán*. San José – Costa Rica: Edición Revista N.-341.481. Ver: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1411/revista-iidh41.pdf>
- Lobatón D. (1999) *“Justicia de Paz. El otro Poder Judicial. Instituto de Defensa Legal”*. Lima – Perú. pp. 75 y 127.
- Marquez, J. (1997). *“Rondas y Comités de Autodefensa: “Historia y Desarrollo en Ronderos. Los ojos de la noche. Manual para Promotores de Rondas Campesinas”*. Editorial Instituto de Defensa Legal - Segunda Edición Revisada.
- Martínez, J. (1983) *“Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Informe final (última parte) del Relator Especial. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Comisión de Derechos Humanos”*. Edición Consejo Económico y

Social.Naciones Unidas.

- Melgarejo del Castillo, R. (2000) “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal Boliviano”.
- Organización Mundial de la Salud [O.M.S.], 2020. “Informe sobre Nuevo coronavirus- China.2020”. Disponible en: <https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel->
- Ramírez, R. (2009). “Las medidas cautelares en la persecución penal” Sucre – Bolivia: Tesis – U.M.R.P.S.F.X.CH. ver: https://www.usfx.bo/nueva/Cepi/466_Tesis%20Editadas%20CEPI/255_Maestria/70_ADMINISTRACION%20DE%20JUSTICIA/Las%20medidas%20cautelares%20en/Las%20medidas%20cautelares%20en%20la%20persecucion%20penal.doc#:~:text=En%20el%20Derecho%20Romano%2C%20no,hoy%20en%20d%C3%ADa%20se%20conocen.
- Trigo, C. (2006) “Manual de Derecho Internacional Público” editorial: Campo Iris, La Paz – Bolivia.

ANEXOS

DISTRIBUCIÓN DEL PENAL DE SAN PEDRO

GRAFICA No. 1



GRAFICA No. 2



GRAFICA No. 3

VIDA COTIDIANA EN EL PENAL DE SAN PEDRO

