

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO



TESIS

**“LA GRAVEDAD DEL DELITO COMO CAUSAL PARA LA
DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO PENAL”**

**POSTULANTE : MARCO ANTONIO FLORES HUANCA
TUTOR : DR. CARLOS FLORES ALORAS**

La Paz – Bolivia

2010

DEDICATORIA

A, mi familia: Mi esposa R. Lourdes Chávez Quisbert, mis hijos Marco Yesid y Valeria Lourdes, por el inmenso amor y ternura que me brindan en mi vida.

A mis Padres +Francisco y Natividad por darme su apoyo incondicional y su ejemplo de amor y sacrificio.

AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mi más sincero agradecimiento a la Universidad Mayor de San Andrés, al plantel docente y en especial a mi tutor Dr. Carlos Flores Aloras; por su ayuda incondicional y su generosidad.

RESUMEN O ABSTRACT

La Tesis aborda la problemática referida a la consideración de la gravedad del delito como causal para la Detención Preventiva en el Código de Procedimiento Penal, ya que la aplicación de Medidas Cautelares irrestrictamente, da lugar a que delincuentes, peligrosos y profesionales, alcancen la libertad fácilmente, incluso fraudulentamente y continúen operando con total impunidad, creando inseguridad jurídica y provocando que la población, tome la justicia en sus propias manos y proceda al linchamiento de antisociales y de inocentes, que son confundidos.

La vigencia de la Ley No. 1970 de 25 de Marzo de 1999 - Código de Procedimiento Penal, conllevó a muchas dificultades en su aplicación, debido a problemas que esencialmente tienen que ver, como señalamos, con la aplicación de las Medidas Cautelares de manera irrestricta sin considerar la gravedad del delito.

Tales circunstancias han causado dificultades muy profundas, que surge la urgente necesidad de incluir la gravedad del delito como una causal, para poder lograr la aplicación de una Medida Cautelar de carácter personal como es la Detención Preventiva, a personas que por sus características causarían daños irreparables a la ciudadanía en su conjunto y de esta manera obtener la efectiva protección que debe existir para todos los miembros de la sociedad y así lograr una efectiva seguridad ciudadana.

Esto evitará que delincuentes habituales y profesionales sigan operando con total impunidad y además otorgará mayor seguridad jurídica a la sociedad contribuyendo con la seguridad ciudadana.

POSTULANTE:

Marco Antonio Flores Huanca

I N D I C E

- I. Portada.-
- II. Dedicatoria.-
- III. Agradecimiento.-
- IV. Resumen "Abstract"
- V. Índice
- VI. Introducción.

CAPITULO I

LAS MEDIDAS CAUTELARES

	Pag.
1.1. Concepto	1
1.2. Antecedentes Históricos	2
1.3. Naturaleza Jurídica.....	7
1.3.1. Objeto de las Medidas Cautelares.....	10
1.3.2. Ámbito de las Medidas Cautelares.....	11
1.3.3. Características.....	13
1.3.4. Bilateralidad de la Audiencia.....	18
1.3.5. De Derecho Estricto.....	19
1.4. Sistema de Nuestro Código de Procedimiento Penal.....	21
1.4.1. El Régimen Cautelar Penal de 1999.....	23
1.4.2. Las Medidas Cautelares en el Nuevo Sistema Procesal Penal.....	26
1.5. Aspectos Críticos.....	27
1.5.1. El Régimen Cautelar Anterior y el Nuevo Comentarios Generales.....	28
1.5.2. El cambio Radical del Régimen Cautelar.....	33

1.5.3. La Necesidad de Aplicar el Nuevo Régimen Cautelar cuanto Antes	36
1.5.4. El Nuevo Régimen Cautelar en el Contexto del Sistema Oral Acusatorio boliviano.....	38
1.6. Alternativas de Reforma.....	40

CAPITULO II

LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR DE CARÁCTER PERSONAL.

2.1. Medidas Cautelares de Carácter Personal.....	42
2.1.1. Noción.....	42
2.1.2. Principios que rigen la aplicación de las Medidas Cautelares	43
2.1.3. La Medida Cautelar y los Principios Constitucionales del Debido Proceso y Presunción de Inocencia... ..	47
2.1.4. El Debido Proceso	48
2.1.5. El Principio de Inocencia.....	53
2.1.6. Clases de Medidas Cautelares.....	56
2.1.7. Cesación de la Detención Preventiva.....	70
2.2. La Detención Preventiva como máxima Medida Cautelar.....	75
2.2.1. Requisitos de la Detención Preventiva según el Nuevo Régimen Cautelar	75
2.3. Finalidad de la Detención Preventiva.....	79
2.3.1. La Presentación Espontánea.....	80
2.3.2. La Citación.	80
2.3.3. El Arresto.	81
2.3.4. La Aprehensión.	82

2.3.5. La Incomunicación.	84
2.3.6. La Detención Preventiva.	85
2.3.7. Sobre la aplicación del artículo 245 (Efectividad de la libertad).	93
2.4. Presupuestos para su aplicación.	94
2.5. Cómputo y duración de la Detención Preventiva.	97
2.6. Medidas sustitutivas a la Detención Preventiva.	98
2.6.1. Medidas Sustitutivas.	98
2.6.2. Las Medidas Sustitutivas a la Detención Preventiva.	100
2.6.3. Trámite.	102
2.6.4. Apelación.	106
2.7. Ventajas de la Detención Preventiva en casos graves.	107

CAPITULO III

VACÍOS Y DEFICIENCIAS EN NUESTRA LEGISLACIÓN

3.1. Las Medidas Cautelares son demasiado Irrestrictas.	108
3.1.1. La gravedad del hecho delictivo y el efecto inmediato: la reacción Social.	108
3.2. Se crea inseguridad ciudadana al permitir que delincuentes peligrosos y profesionales operando impunemente al concederles las Medidas Cautelares.	111
3.2.1. Gravedad en la comisión del hecho delictivo.	111
3.2.2. Reacción social frente a los hechos delictivos.	114
3.3. La Víctima queda en indefensión y no se le asegura el resarcimiento del daño civil, mediante fianza real para el pago de los daños y perjuicios causados por el delito.	118

3.4. La Administración de Justicia Penal, pierde credibilidad con la forma actual de aplicar las medidas cautelares, lo que da lugar a que las personas tomen la justicia por su propia mano y procedan a los linchamientos que han abundado por ese motivo.	120
3.5. No se considera la gravedad del delito como causal para la determinación de la Detención Preventiva como una Medida Cautelar de Carácter Personal.....	122

CAPITULO IV

LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1. Venezuela	124
4.1.1. Código orgánico procesal penal de Venezuela, las medidas de coerción personales	124
4.2. España.	131
4.2.1. Reglas para la adopción de las Medidas Cautelares	131
4.3. Paraguay.	137
4.3.1. Código procesal penal del Paraguay de las medidas cautelares asegurativas.	137
4.4. El Salvador.	142
4.4.1. Código procesal penal de el salvador de las medidas cautelares personales no procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes.	142
4.5. Comentario crítico a la legislación comparada.	150

CAPITULO V

**PROYECTO DE LEY QUE CONSIDERA LA
GRAVEDAD DEL DELITO COMO ELEMENTO
PARA APLICAR LA DETENCIÓN PREVENTIVA
EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.**

5.1. Introducción.....	153
5.2. Bases del Proyecto.	154
5.3. Objetivo.	156
5.4. Texto del Proyecto de Ley.	156

- VII. CONCLUSIONES.
- VIII. RECOMENDACIONES.
- IX. BIBLIOGRAFÍA.
- X. ANEXOS.

INTRODUCCIÓN

La ciudadanía en su conjunto, esperaba que la implementación del Nuevo Código de Procedimiento Penal, tendría efectos mas contundentes en la lucha contra el delito, sin embargo, debido a la implementación de Medidas Cautelares irrestrictas, estas esperanzas quedaron frustradas, ya que delincuentes peligrosos y profesionales, integrantes de grandes bandas internacionales alcanzaron su libertad bajo este Régimen y siguieron operando, con un lamentable saldo de atracos con muerte de personas y robo de grandes cantidades de dinero. Este es el caso del peruano Camán Acamán, que cometió varios atracos en todo el territorio nacional, luego de haber sido puesto en libertad bajo Medidas Cautelares.

Otro bullado caso, es el del francés Scobri, que operaba juntamente con un agregado cultural de la embajada del Perú, traficando objetos arqueológicos, antigüedades y riqueza del patrimonio artístico y cultural de nuestro país robados de muchas iglesias rurales, que también logró su libertad bajo Medidas Cautelares y fugo del país burlando hasta el día de hoy a la justicia boliviana.

Este clima de inseguridad jurídica tuvo un impacto sumamente negativo en la sociedad, que prácticamente ha perdido confianza en la administración de justicia penal y recurre a tomar la justicia en sus propias manos y proceder con el linchamiento de los antisociales y en muchos casos de personas inocentes que son confundidas.

Esta situación nos hace reflexionar sobre la efectividad de la aplicación de las Medidas Cautelares en nuestro país, ya que delincuentes que revisten gran peligrosidad, alcanzan su libertad por este medio.

Por esta razón, surge la urgente necesidad de tomar en cuenta la gravedad del delito como una condición para la Detención Preventiva, que es la problemática que se plantea la Tesis, con la finalidad de aportar nuevas ideas que contribuyan a su solución, para lograr mayor seguridad jurídica y seguridad ciudadana en nuestro país, consiguiendo que esta clase de delincuentes que cometen graves delitos, no sigan operando impunemente, sino que guarden Detención debido a su peligrosidad.

Con este propósito, es necesario profundizar el estudio de este magno problema y realizar un proyecto de Ley, reformatoria del Código del Procedimiento penal que incluya la gravedad del delito como causal de la Detención Preventiva.

CAPITULO I

LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1. CONCEPTO.-

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale al 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, 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.

En los Procesos Penales regidos por el Sistema Acusatorio, la imposición de una Medida Cautelar debe necesariamente proceder a pedido de parte (fiscal o querellante), es decir, no puede ser ordenada de oficio, pues de lo contrario el Juez estaría atentando contra los principios acusatorios.

Las Medidas Cautelares siempre son para el imputado y deben ser impuestas por un Juez, luego de una imputación formal del fiscal, lo que significa que el Juez conozca cuál es el hecho delictivo que se le atribuye al imputado y por que debe imponerse una medida de tal tipo.

1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

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 de hoy en día como:

La Pignoris Capio, que era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor como garantía, determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la Ley Ejecutiva del Procedimiento Procesal de la legis acciones¹, 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 que gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad las legis acciones fue reemplazada por el

¹ CARNELUTTI FRANCESCO, Colección bibliográfica de Ciencias Jurídico Penales, Vice Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Pag. 78

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.

Finalmente en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación a la demanda, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, destruida, ni deteriorada, de manera tal que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención.² Aquí se puede encontrar un símil de comparación con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar, y con el secuestro.

En el Derecho Español, encontramos en las "Siete Partidas", sancionadas por el Rey Alfonso "El Sabio", específicamente en la Tercera, normas sobre materia procesal, donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo a la demanda; es así que se nos asemeja al secuestro de la cosa litigiosa, prohibiendo al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la litis. Así mismo, sobre la Medida del Arraigo dispusieron las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Los preceptos del Derecho Español Antiguo, como se sabe eran de general aplicación en Venezuela durante la Colonia; y en tiempos de la Gran Colombia regían las pragmáticas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno Español, sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808; las Leyes de Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación

² CÉSAR SUAÁREZ SAAVEDRA, crítica al Código de Procedimiento Penal Boliviano, Pag. 24

de Castilla y las Siete Partidas; tal lo disponía de manera expresa la Ley del 13 de mayo de 1825, la cual arregló el Procedimiento de Tribunales y Juzgados de la República;³ ésta Ley tampoco preveyó de modo especial las Medidas Preventivas: las dejó sujetas a la Legislación Española, salvo la disposición que preceptuaba que en las demandas ejecutivas podía aprehenderse a los deudores con prisión, mientras no manifestaran bienes bastantes para cubrir el débito, o dieran fianza suficiente para el pago, o hicieran cesión de bienes, que era una especie de arraigo. ⁴

Ya Venezuela, en función de República en 1836 dictó el primer Código Procesal, el cual contenía un título denominado "De las Incidencias"; en este Título se comprendían las excepciones dilatorias, recusación de funcionarios, competencias, secuestro judicial, arraigo, tercerías, cesión de bienes y de la espera y quita. Esta disposición del Código Arandino, vino a servir de base a la futura Legislación Procesal sobre Medidas Preventivas. Al efecto, es bueno observar que exigía, para que se pudiera conceder la medida de secuestro y embargo Judicial que existiera, por lo menos, constancia de la deuda u obligación por medio de información sumaria; la medida podía pedirse en cualquier estado de la causa y procedía en los siguientes casos:

1 °) Cuando había temor de que el demandado pudiera ocultar o desmejorar el dinero, frutos o cosa mueble objeto de litigio o no tuviere responsabilidad; 2°) En el caso de que el marido malgastara la dote u otros bienes de su mujer; 3°) Cuando pedía el hijo desheredado por su padre o madre la parte de los bienes que le correspondiese; 4°) Cuando se litigaba entre coherederos sobre la herencia; 5°) En el caso de que sea dudosa la posesión de la cosa litigiosa; 6°)

³ MANUAL DE DERECHO ROMANO, Maria Josefa Saavedra pag. 45

⁴ CODIGO PENAL Comentado y Concordado, Carlos Morales Guillen pag. 18, 19

Aun si la posesión no fuere dudosa, reclamen la propiedad de ella dos o más personas con títulos igualmente auténticos; y 7º) Cuando la sentencia definitiva contra el poseedor de la cosa litigiosa fuere apelada por éste y no diere fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble.

En cuanto al arraigo, podía solicitarse cuando se temiera la ausencia o fuga del demandado y consistía, en la obligación de presentar bienes propios o una fianza por el valor de la cosa demandada, hipotecándolos para responder de las resultas del pleito, bajo pena de prisión; pero el demandado podía a su vez, pedir que el actor afianzara las resultas del juicio, siempre que fundadamente se temiera su ausencia fuera de la República.

Se establecía también en el Código de Aranda, el derecho del demandado a que no se acordara el secuestro ni el arraigo o que se suspendieran, de haber sido acordados, mediante la prestación de fianza a satisfacción del actor.

El Código de 1873,⁵ efectuó sensibles modificaciones en la materia de las Medidas Preventivas de aseguramiento, que son las de Secuestro Judicial y Arraigo: Tituló la Sección: "Del Secuestro Judicial, Arraigo y Afianzamiento" y agregó que el Secuestro o Embargo Judicial podía solicitarse no solo en cualquier grado de la causa, sino antes o después de la litis contestación y que constara el derecho aunque sea por declaración de testigos.

En la enumeración de los casos en que procedía esta medida se hicieron también modificaciones, como son; cuando sea un transeúnte; o bien, si el

⁵ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL BOLIVIANO Gaceta oficial de Bolivia, de 1873, pag. 47

demandado lo fuera por la cosa raíz que está gozando sin haber pagado el precio o se fueren a secuestrar bienes determinados, si estos han desaparecido o no se encontraren, en cuyo caso el Secuestro se practicaría en bienes equivalentes del demandado. El Código del 73 fue derogado por el de 1897, el cual cambió la denominación del Título sobre la materia, así: "De la Incidencias sobre medidas Precautelativas y otras, y de la Tercería".

Entonces fueron trasladadas a otro lugar, las excepciones dilatorias que había dejado en el Título de las Incidencias, el legislador del 73 introdujo el calificativo de Precautelativas y quedó expresa la intención de no considerar como incidencia la Tercería. Al modificar el Código del 97 la materia del secuestro y Embargo Judicial, introdujo la medida denominada Prohibición de Enajenar. El Código de 1916, trae el nombre de: "Incidencias sobre las Medidas Preventivas y otras y de la tercería".

Como se ve la modificación consiste en sustituir la palabra Precautelativa por Preventiva; pero a la prohibición de enajenar agregó "y gravar bienes inmuebles y el embargo de bienes muebles". Además el fundamento para pedir o solicitar las Medidas Preventivas también sufrió cambio importante; exige este Código "que se acompañe un medio de prueba que constituya a lo menos presunción grave del derecho que se reclame";⁶ de este modo el *fumus bonijuris* o sea la presunción fundada de existir el derecho se ha considerado suficiente: no se exige ya la constancia del derecho. El Arraigo fue suprimido.

Finalmente hay que destacar que las modificaciones introducidas en el articulado que regula el procedimiento, para la obtención y ejecución de las

⁶ DERECHO PROCESAL PENAL, Carlos Jaime Villarroel Ferrer pag. 73.

Medidas Cautelares en el Código de Procedimiento Vigente (1987), son relevantes conceptualmente y sistemáticamente, ya que ordenan la Materia Cautelar y su aplicación, evitando así, las lagunas legales que se producían en el ordenamiento anterior, tal como se irá evidenciando a lo largo del presente trabajo.

1.3. NATURALEZA JURÍDICA.

Las Providencias Cautelares se diferencian de la Acción Preventiva definitiva en la permanencia de sus efectos, pues éstos son provisionales y depende la medida en su existencia de un acto Judicial posterior, al servicio del cual se dicta.

CALAMANDREI en su obra introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares, que hoy por hoy es, la sistematización más completa y más profunda sobre la materia, va analizando sucesivamente los distintos criterios en base a los cuales pudiera lograrse un aislamiento y una definición de las Providencias Cautelares de las otras decisiones numerosas y variadas que dicta el Juez a lo largo del proceso.

No estriba ese criterio —expresa— en el aspecto subjetivo, porque no existe una función Cautelar confiada a órganos especiales que permita derivar su Naturaleza Jurídica del sujeto, ni tampoco en el criterio formal porque no hay una forma peculiar en ellas por la cual se les pueda distinguir exteriormente de las otras providencias del juez: la forma de la sentencia que decreta un

Secuestro es igual a cualquier otra sentencia.⁷ "Podría creerse también que el único criterio del que se puede esperar una verdadera diferenciación sea el sustancial, que hace relación al contenido de la providencia, o sea, a sus efectos jurídicos", pero la insuficiencia de éste se observa a primera vista precisamente en que sus efectos no son cualitativamente diversos de los que son propios a las otras providencias de cognición o de ejecución: efectos meramente declarativos o constitutivos, o bien ejecutivos, pero no diversos a los de aquéllas. El criterio diferenciador de las Medidas Cautelares no es homogéneo con el criterio que diferencia las de cognición con las de ejecución.

Podríamos decir que están situados en distintas dimensiones, que pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única, de suerte que de la fusión de ambos efectos dichos no nace la Providencia Cautelar como providencia única de las Cautelares, ni mucho menos una síntesis que pueda catalogarse como *tertium genus* frente a los otros tipos de Tutela Jurídica.

El criterio diferenciador de las Medidas Cautelares —valga decir—, es contrario, pero no contradictorio, al criterio que separa las ejecutivas de las declarativas; está en orden lógico ajeno y extraño al de éstas. Es por eso que pueden adjetivarse como de cognición o de ejecución o, preponderando estos efectos, Declarativas Cautelares o Ejecutivas Cautelares. En este sentido podemos hablar de autonomía de las Medidas Cautelares porque no son dependientes en su esencia —según antes expusimos— del proceso de cognición ni del de ejecución.

⁷ CALDERON CUADRADO, *Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso*, Madrid ed. Civitas, 1992, Pag. 34

¿Cuál sería entonces el criterio diferenciador? CALAMANDREI piensa que a las Medidas Cautelares no se les puede negar una peculiar fisonomía procesal, que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que no las transforman de procesales en materiales. Su definición ha de buscarse más que sobre la base de un criterio ontológico, en un criterio ideológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de una providencia principal) al que sus efectos están preordenados. Y concluye su razonamiento diciendo que la característica procesal de las Providencias Cautelares es su Instrumentalidad. Instrumentalidad en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas; instrumentalidad también en el sentido de ayuda y auxilio a la providencia principal. La Providencia - Instrumento interviene el asunto, a la espera que definitivamente lo intervenga la providencia subsecuente. Y por eso el concepto denota dos elementos, precaución y anticipación, aun cuando ya el primero de ellos entraña la significación del segundo. Paréceme que el concepto de instrumentalidad de CALAMANDREI puede definirse en esta escueta frase: ayuda de precaución anticipada y provisional.

La Instrumentalidad es hipotética porque sólo existe en la hipótesis que el contenido de la providencia principal sea en favor del que ampara la medida cautelar; y diríamos aún más, que es hipotética también en la hipótesis que se dé el juicio principal futuro. En este caso podemos decir que la instrumentalidad es genérica y eventual. En los autores hispano parlantes, hemos hallado vocablos —subsidiariedad, adjetividad, vicariedad—, que al igual que el término instrumentalidad, significan aproximadamente su esencia o criterio diferenciador.⁸

⁸ CRITICA AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL César Suarez Saavedra Pag. 39-40

Son tres los elementos que conforman la definición de la providencia Cautelar: primero, anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior; segundo, satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la Administración de Justicia, y tercero, sus efectos están preordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente.

1.3.1. OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Para la Doctrina, 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 (Carnelutti).

Calamandrei sostiene que es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad ó preordenación.

Para 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 con la malicia.

Guasp Afirma que su finalidad es que no se disipe la eficacia de una eventual Resolución Judicial.

Podetti indica que "las Medidas Cautelares son actos Procesales del Órgano Jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencia de los jueces".

La Doctrina moderna (Ramírez y Bremberg) se inclina por establecer el objeto en clara relación con el relieve o principio publicístico.

Kisch, citado por Bremberg, dice que el objeto es "impedir que la soberanía del Estado, en su más alto significado, que es el de la Justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal".⁹

1.3.2. ÁMBITO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

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.

⁹ MANUAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL Jorge Moras Mom, EDIT. ABELEDO Perrot Pag. 25,

Interdictos posesorios y prohibitivos: Los decretos provisionales de amparo, restitutorio y prohibitivos que establece nuestro Código de Procedimiento en las querellas interdictales, son Medidas Cautelares que se encuentran insitas dentro del tercer grupo de la clasificación de CALAMANDREI antes señalada.

La estructura de los juicios posesorios consta de dos partes: la primera, el procedimiento de la Medida Cautelar, que entraña un juicio de conocimiento y la consiguiente ejecución en tutela, del derecho del querellante, y la segunda, la fase de conocimiento, con la audiencia de ambas partes, donde se ratifica con los nuevos elementos de juicio que ha traído la controversia, la confirmación o revocación del decreto interdictal primitivo.¹⁰

Este decreto primitivo dirime la relación jurídica de fondo y satisface el derecho reclamado pero provisionalmente, porque está supeditado a la fase posterior y no puede convertirse por sí mismo en definitivo; pero con todo, exige prima facie —dada la gravedad de sus efectos— a diferencia, por ejemplo de las Medidas Preventivas, que solamente requieren una presunción grave, y suponen un simple juicio de probabilidad.

Se encuentran otras Medidas Cautelares de arreglo provisional de la litis en los actos de fijación del lindero provisional en el juicio de deslinde, y ocupación previa en el procedimiento de expropiación por causa de utilidad pública o social. La fijación del lindero provisional la hace el juez con vista a los instrumentos que en el acto de deslinde presentan las partes, motivado por la

¹⁰ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Clemente Espinoza Carballo Anotaciones y Concordancias pag. 127.

única circunstancia de haberse actualizado el peligro de tardanza con la oposición de cualquiera de los colindantes.¹¹

En el presente caso de Medida Cautelar, como en todos los anteriores, existe la urgencia en satisfacer el derecho material del demandante, urgencia que se debe a la existencia de un peligro actual, el que, a su vez, está constituido por dos circunstancias de hecho distintas: la necesaria tardanza de la sentencia definitiva, que no puede ser antepuesta al previo conocimiento, y la posibilidad de que durante y por causa del lapso, el expropiante sufra perjuicios patrimoniales. Para que sea procedente la ocupación previa es necesario que la autoridad judicial califique de urgente la ejecución de la obra de utilidad pública, y se verifique la previa consignación del monto del avalúo y del reconocimiento judicial, el cual tiende a acreditar todas las circunstancias de hecho que deben tomarse en cuenta para justipreciar total o parcialmente. Estos requisitos legales de procedimental, son asimismo Medidas Cautelares instructorias anticipadas que tienden a asegurar los elementos de juicio necesarios para que se dicte una sentencia intrínsecamente justa.

1.3.3. CARACTERÍSTICAS:

Además de la característica esencial de las Medidas Cautelares (la instrumentalidad) que constituye su naturaleza jurídica, existen otros rasgos característicos que contribuyen aún más a su definición y a obtener un concepto nítido y concreto de ellas. La instrumentalidad, de la que arriba hemos hablado, se convierte en el verdadero quid lógico de las Medidas Cautelares; no obstante, la provisoriedad, judicialidad y variabilidad, que enseguida veremos, son propiedades de la Medida Cautelar que devienen directamente de su

¹¹ DERECHO PROCESAL PENAL Carlos Jaime Villarroel Ferrer pag. 51

relación con la providencia definitiva, consecuencias y manifestaciones lógicas de la instrumentalidad.¹²

La doctrina no ha llegado a ponerse de acuerdo sobre cuáles son y cuáles las denominaciones de las características propias a las Medidas Cautelares. Hemos concatenado su enumeración en la doctrina estudiada, para encontrar el vocabulario uniforme y correcto.

Provisoriedad: Cuando decíamos que las Providencias Cautelares están a la espera de que otra providencia ulterior precava un peligro estábamos abordando el aspecto de su provisoriedad. El aguardar la realización de un acto procesal posterior (entendiendo que el término aguardar comprende una espera no permanente) se significa con esta voz. "La provisoriedad de las Providencias Cautelares sería un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y la subsiguiente (definitiva), da inicio de los cuales señalaría la cesación de la primera", es decir, la provisoriedad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiariedad. En virtud de ésta la Providencia Cautelar suple un efecto a la Providencia Definitiva, y en virtud de aquélla está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente.

Por otra parte, CALAMANDREI ha aclarado, como lo anota BRICE, la diferencia exacta entre lo provisorio y lo temporal: temporal es lo que no perdura y su término de duración es incierto, es un lapso finito, e incierto; lo provisorio

¹² CECILIA POMAREDA DE ROSENAUER, Código de Procedimiento Penal GTZ pag. 85

también implica un lapso finito, pero es sabido de antemano cuánto va a durar. Por eso, es errado el vocablo temporalidad para significar lo provisorio.

Judicialidad: en el sentido de que, estando al servicio de una providencia principal, necesariamente están referidas a un juicio, tienen conexión vital con el proceso y la terminación de éste obvia su existencia.

Los términos jurisdiccionalidad y juridicidad que respectivamente utilizan BRICE y GONZALEZ GONZÁLEZ, para designar esta característica, nos parecen incorrectos: el primero porque siendo muy equívoco denota más fuertemente la facultad de "decir" el derecho, y el otro porque se refiere a un concepto más amplio, el Concepto de Derecho. Igualmente tienen Carácter Judicial, Procesal o Adjetivo, porque no pueden aspirar a convertirse en providencias materiales, es decir, no satisfacen el derecho material o sustancial de manera irrevocable.

Por regla general aparecen incitas en un juicio, siendo el requisito dependiente. Una manifestación del carácter de judicialidad. Esta característica permite también distinguir las Medidas Cautelares de los Derechos Cautelares.

Variabilidad: Las Medidas Cautelares se encuentran comprendidas dentro del grupo de providencias, según la cual, aun estando ejecutoriadas, 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. Un ejemplo típico de sentencia con dicha cláusula es la definitiva del Procedimiento de Medidas Preventivas típicas: se reducirá o aumentará el monto de lo embargado, se sustituirán los bienes afectos, se

suspenderá sobre los inembargables, hasta mantener adecuado su efecto asegurativo a las exigencias de la Providencia Definitiva; entretanto, los efectos inciertos de ésta se supondrán a la pretensión del actor, en base a la presunción de procedibilidad del derecho que se reclama. 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. De esto se sigue que produzca una cosa juzgada meramente formal; es decir, aquella que conservando los caracteres de inimpugnabilidad y coercibilidad eventual es sin embargo modificable.

Peligro de pérdida o desvalorización o si los gastos de depósito no guardan relación con su valor.

La variación más radical es la revocación, que puede suceder en tres casos:

a) la revocabilidad automática a que están sujetas al actualizarse la providencia principal que obvia los motivos por los que se le dio origen, sea porque interviene definitivamente lo mediado provisoriamente por ella. Interdicción provisional); o bien, porque al desestimar la pretensión del actor declara la innecesidad de asegurar un derecho inexistente;

b) Cuando permitiendo la ley dirimir previamente las causas, existencia y efectos de la providencia en sede cautelar, independientemente de la justicia intrínseca del derecho reclamado en lo principal, resulta adecuado revocarla; esto sucede en el Procedimiento de Medidas Preventivas Típicas, donde el legislador ha establecido una fase plenaria posterior a la ejecución que culmina con la confirmación o información del derecho primitivo que la acordó,

independientemente de lo que decida en lo futuro la sentencia definitiva del juicio principal; c) al ser revocada por el juez que admite la medida de contra cautela.

Urgencia: La urgencia viene a ser la garantía de eficacia de las providencias Cautelares. La necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia una situación de hecho, es pródicamente suplida por las Medidas Cautelares. Ellas "representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las Providencias Cautelares tienden ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario". La causa impulsiva de las Medidas Cautelares viene a ser el peligro en el retardo de la administración de justicia, originado (ese retardo) en la inobjetable ecuanimidad que deben cumplir los trámites procesales hasta la satisfacción de la pretensión de la parte.¹³

El daño que se persigue evitar en la cautela preventiva definitiva, por ejemplo, puede adoptar diferentes formas y halla su origen en la misma parte demandada, en tanto que el daño en las Providencias Cautelares (provisionales), se concreta siempre en el retardo de la satisfacción definitiva del derecho sustancial.

¹³ JUAN MENDOZA DIAS, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Pub. Universidad Autónoma Juan Misael Caracho Pag. 32

No obstante, el peligro existente para la parte solicitante de la medida, puede tener origen en ella misma o en el sujeto pasivo, según veremos posteriormente. Este carácter de urgencia presenta dos manifestaciones distintas. Una es la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo y la superficialidad en el conocimiento previo de la materia de fondo, es decir, del derecho reclamado en sede principal, antes de proceder a la ejecución. Basta que haya indicio fundado de peligro y de justicia en la pretensión del solicitante, para que el Juez actúe recurrentemente, a la manera de un centinela, cuando observa un movimiento sospechoso en la maleza y no es respondido.

Otra manifestación es, en cambio, la precaución que se toma para evitar obstáculos que retarden la ejecución; el concepto precaución aquí debe ser entendido como el modo de prudencia, cuidado, reserva o sigilo con los que se van cumpliendo los trámites. Esta forma de evitar retardos y trabas que hacen nugatorios sus efectos, consisten a mi modo de ver en los mismos medios de precaución que contempla el Procedimiento Penal sumario hasta la detención efectiva del imputado, sea, en la celeridad y secreto. Sin embargo, en el procedimiento de nuestras Medidas Preventivas sólo existe la celeridad, que se ha logrado perfectamente mediante la suspensión provisional del principio.

1.3.4. BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA.

Creemos que no es necesario consagrar en las Medidas Preventivas ambos factores de celeridad y reserva, porque uno de ambos es suficiente para lograr la precaución deseada, y así lo tiene establecido el legislador al consagrar la celeridad en las formas de la tramitación para .obtener el decreto y ejecutar la providencia. No debe entenderse que la característica de urgencia de las

Providencias Cautelares debe erigirse en requisito de procedibilidad de las mismas. Aun cuando la ley exige de un modo directo o indirecto, la prueba del peligro de insolvencia en el caso de las Medidas Preventivas, en modo alguno se puede inferir que sea la intención de la ley exigir la prueba de la celeridad por parte del solicitante. Esto se debe a que la urgencia constituye, la causa motiva, un elemento constante, en el concepto de Medida Cautelar.

1.3.5. DE DERECHO ESTRICTO:

Las normas cautelares son por regla general, de interpretación restringida, por cuanto tienden a limitar o prohibir de una u otra forma, según su especie, las garantías personales (individuales, sociales, económicas y políticas) que prevé la Constitución Nacional, teniendo sólo como fundamento un juicio conjetural basado en presunciones de hombre. Si bien el principio in dubio pro reo y de plenitud de la prueba para la estimación de la demanda es justificado en el juicio definitivo de cosa juzgada, no ocurre así en el que tiene carácter provisional revocable.

Pero, precisamente, la insuficiencia de la prueba y la falta del contradictorio en el conocimiento sumario inicial de la jurisdicción preventiva, deben atemperar la actuación judicial sin desmedrar la eficacia de la Administración de Justicia.

Es así "Las Medidas Preventivas constituyen una limitación del derecho de propiedad. Todo lo que tienda a eliminar o suprimir esta limitación es de interpretación amplia, así como de interpretación estricta lo que tienda a acentuar la restricción y menoscabar la garantía de la propiedad. Las Medidas Preventivas son de derecho singular y como tales de interpretación restringida y

su aplicación no puede alcanzar por analogía, a caso alguno, que no se encuentre expresamente previsto por las disposiciones legales que las sanciona.

La Jurisdicción de discrecionalidad, propiamente llamada jurisdicción de equidad tiene por objeto la razón de justicia del caso concreto (equipara), la solución satisfactoria, también en sede cautelar provisional, que el caso reclama. Sobre la Legalidad y Legitimidad del acto discrecional). La limitación al derecho de propiedad o a cualquier otro derecho subjetivo, aun de rango Constitucional, nunca será razón de peso para impedir que se adopten judicialmente, con la fundamentación probatoria necesaria, las medidas conducentes a lograr la eficacia de la Administración de Justicia, entendiendo siempre que la prudencia exigida por el legislador apunta fundamentalmente a la proporcionalidad que debe haber entre el fin (la solución equitativa, aunque sea provisional-cautelar) y el medio utilizado (restricción o enervamiento de un derecho).

No puede limitarse el poder discrecional del juez en sede cautelar a los casos no tipificados por el legislador como Medidas Preventivas Reglamentadas, porque la prohibición de interpretar extensiva o analógicamente los casos previstos por la ley, se fundamenta en la legalidad y no en la legitimidad (razón de equidad). De modo que el juez, en uso del poder discrecional cautelar, puede adaptar a casos distintos una medida preventiva, mas no porque la interprete extensivamente, sino porque la utiliza como modelo o referencia para la solución del caso concreto.

1.4. SISTEMA EN NUESTRO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

El Régimen de Medidas Cautelares regulado por el D. L. No. 10426 promulgado en fecha 23 de agosto de 1973, Código de Procedimiento Penal anterior a la Ley No. 1970, (Nuevo Código de Procedimiento Penal), es muy distintos al actual:

- Bajo el nomen Juris de Medidas Jurisdiccionales, el título V, del Libro Segundo del Código anterior regula el Régimen de Medidas Cautelares, el Capítulo I trata de la Anotación Preventiva, requisa, allanamiento y arraigo, es decir, de medidas restrictivas de derechos, tanto Personales como Reales; el Capítulo II trata de la Detención Preventiva; el capítulo II, reformado en gran parte por la Ley de Fianza Juratoria, versa sobre la libertad provisional; el Capítulo IV sobre la calificación de fianza (así como de su sustitución).

Este sistema propugna una aplicación amplia y casi irrestricta de las Medidas Cautelares (en especial de la Detención Preventiva), el nuevo sistema diseña la aplicación restrictiva de las mismas, lo que era la regla anteriormente debe ser la excepción hoy en día, en síntesis, según Torrico – (2000), se trata de dos enfoques sobre el mismo tema diametralmente opuestos.

El Régimen Cautelar que se supera sobre todo el Personal, era atentatorio de Derechos y Garantías Fundamentales de la persona humana, especialmente los contenidos en los artículos 7,9,11 y 116 de la Constitución Política del Estado, puesto que la persona aprehendida por la policía bajo la dirección o no

del Ministerio Público, debería ser remitida al órgano jurisdiccional en el término de cuarenta y ocho horas, según la disposición contenida en el artículo 118 del Código anterior, en franca inobservancia del término constitucionalmente establecido para el efecto que es de veinte cuatro horas. La policía aprehendía y liberaba a personas aun sin el conocimiento del Fiscal y, obviamente, exista control jurisdiccional sobre este tipo de actuaciones, durante las diligencias de Policía Judicial.

El régimen en cuanto a las Medidas Restrictivas de carácter personal, establece las siguientes reglas para su aplicación:

- Para el Arraigo (art. 193) la gravedad del delito eran razones fundadas de que el imputado no permanecerá en el lugar donde fuere procesado (pero en la práctica esta medida se aplicaba de forma irrestricta a veces de oficio o sólo a pedido de parte, son que se analicen o comprueben los requisitos formalmente establecidos para tal efecto).
- Para la Detención Preventiva: el delito calificado, sea de acción pública o privada, merezca pena privativa de libertad cuyo máximo legal exceda los dos años, que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado, es con probabilidad autor de un hecho punible o participe de él, que exista fundada presunción de que el imputado dificultará la averiguación de la verdad o continuará con acciones delictivas (en los casos concretos de la aplicación de esta medida, en la mayor parte de los casos el juez solo apreciaba la calificación del hecho, dispuesta en el auto inicial de la instrucción o en el auto de admisión de la demanda, disponiendo la Detención

Preventiva o formal a través de una resolución que se limitaba a señalar como fundamento en hecho y los indicios de autoría del imputado).

El fiscal, si tenía conocimiento de la aprehensión tenía dos opciones: liberar al aprehendido o remitirlo al Juez de instrucción conjuntamente con las diligencias de Policía Judicial, dentro de las cuarenta y ocho horas establecidas en el anterior Código de Procedimiento Penal, término que regularmente no se cumplía rigurosamente, debido a que con la aprehensión recién empezaba la investigación y la correspondiente elaboración de informes y requerimiento conclusivo.

Este Régimen es atentatorio contra los derechos de libertad de los sujetos dentro de un Proceso Penal, en este Régimen Penal la detención es la regla y libertad la excepción.

1.4.1. EL RÉGIMEN CAUTELAR PENAL DE 1999.

El Nuevo Régimen de Medidas Cautelares entró en vigencia el mes de marzo del año 1999, cuando en forma parcial se comenzó con la aplicación de la Ley No. 1970 actual Código de Procedimiento Penal, desde esa fecha empezaron a aplicarse solo en tema de Medidas Cautelares Personales y dos de las salidas alternativas la Suspensión Condicional del Proceso y el Criterio de Oportunidad Reglada, habiéndose puesto en completa vigencia la nueva ley adjetiva penal en junio del año 2001, aplicando in extenso las Medidas Cautelares de Carácter Personal desde entonces hasta el presente.

El nuevo sistema pretende el cumplimiento estricto de los derechos y garantías no solo en cuanto a términos se refiere, sino también en el respeto Real del principio de presunción de inocencia, de manera tal que la aplicación de las Medidas Cautelares Personales no se convierta en el injusto o anticipado cumplimiento de una pena de una persona, a la que el Estado le reconoce su condición de inocente en tanto no pese en su contra una sentencia condenatoria ejecutoriada previo proceso legal.

La aplicación irrestricta de la limitación del derecho de libertad personal del imputado con fines extra procesales característico del antiguo Código, como el aseguramiento del pago de daños, perjuicios, costas y multas no corresponde al diseño Constitucional ni a la Doctrina Procesal Penal contemporánea, frente a la triple finalidad de la detención preventiva y lógicamente de la fianza: garantizar la presencia del imputado en los actos del proceso sin un plazo, el pago de daños y multas, el nuevo sistema revierte esta situación, otorgándole a la Medida Cautelar personal estrictamente una sola finalidad: la de garantizar la presencia del imputado en los actos del proceso o de que este no obstaculice la averiguación de la verdad.

El Nuevo Régimen Cautelar racionaliza también la aplicación de la Aprehensión, medida de la que se abusaba confines no procesales y que no estaba sujeta a control Jurisdiccional, en el contexto del nuevo sistema se revierte esta situación pues aprehendida que fuera una persona solo el juez es competente para resolver su situación jurídica.

El Control Jurisdiccional, refuerza el sistema Republicano de pesos y contrapesos, pues la función del juez de instrucción se limita a ese control, ya

no tiene funciones de investigador, esta directriz inspirada en los principios del Sistema Acusatorio basado en la clara identificación de funciones, impone al Ministerio Público la obligación no solo de solicitar y fundamentar el pedido de aplicación de una Medida Cautelar sino también de presentar actividad probatoria, denominada elementos de convicción, sobre riesgo de fuga o de obstaculización de la investigación, es decir debe proporcionar al juez del proceso la información y prueba necesaria para otorgar el pedido, si los elementos de riesgo u obstaculización no se hallan acreditados, el órgano jurisdiccional no puede indagar nada de oficio, sino resolver el pedido en merito a los antecedentes que le son presentados tanto por la parte acusadora como por la defensa.

Conviene puntualizar que, si bien la carga de la prueba corresponde al que acusa, no es menos cierto que la defensa puede ejercitar su Derecho a presentar elementos de convicción que enerven o destruyan los presentados por la parte acusadora. Lo que es obligación para el órgano encargado de la persecución penal, es solo una oportunidad para la defensa.

La irrestricta aplicación en la disposición de Medidas Cautelares por parte del Órgano Judicial, es suprimida en el Nuevo Orden Procesal Penal, toda medida que restrinja derechos debe ser ordenada a pedido de parte y mediante auto motivado, que es impugnabile y revisable, eso si, aun de oficio, si las condiciones que han dado lugar a su aplicación desaparecen o se transforman el órgano correspondiente deberá resolver sobre la misma, quiere decir que los fines de la restricción de derechos son estrictamente cautelares, en definitiva, se trata de un giro de 180 grados con relación al Régimen Cautelar Penal anterior del 1973.

1.4.2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL.

Las Medidas Cautelares son, instrumentos reconocidos por Ley por medio de los cuales el estado puede limitar o restringir el derecho a la libertad y el derecho a la propiedad de una persona que ha sido sindicado por un delito según la cautela que se quiera tener y afectan derechos consagrados en la Constitución Política del Estado, tales como la 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 Vigentes al tiempo.

En los Procesos Penales regidos por el Sistema Acusatorio, la imposición de una Medida Cautelar personal debe necesariamente proceder a pedido de parte sea del (fiscal o querellante), es decir no puede ser ordenada de oficio, pues de lo contrario el juez estaría atentando contra los principios acusatorio.

La aplicación de Medidas Cautelares, son disposiciones excepcionales y provisionales, es decir, que pueden ser cambiadas en cualquier momento, tienen por finalidad asegurar la presencia del imputado en la investigación y el Juicio Oral, evitando que se obstaculice la averiguación de la verdad o que realice acciones que puedan amenazar la realización del juicio y la efectividad de la futura sentencia.¹⁴

¹⁴ NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, de la Teoría a la Práctica Cecilia Pomareda de Rosenauer.

El cambio de las anteriores Medidas Cautelares existentes en el Proceso Penal Boliviano al imperante en el Nuevo Sistema Procesal Penal, es amplio y sustancial, como se puede evidenciar en lo puntos anteriores; sin embargo, es necesario la mejora de su aplicabilidad y que garantice su efectividad.

1.5. ASPECTOS CRÍTICOS.

Las Medidas Cautelares, han sido muy criticadas en nuestro país, principalmente, debido a su carácter irrestricto, que da lugar a que los delincuentes burlen la Ley, asimismo la víctima queda sin el cabal resarcimiento del daño civil causado por el delito. Además que no se considera para nada la proporcionalidad de la gravedad del hecho delictivo, a si como la peligrosidad del delincuente.

En nuestro medio, la prensa y todos los críticos, señalan dos casos que han sido proverbiales para ejemplificar, como las Medidas Cautelares puedan servir para que delincuentes peligrosos alcancen fácilmente la libertad y huyan del país o entren en el anonimato y sigan habitualmente dedicándose a la delincuencia.

Son los casos del asaltante peruano Camán Acaman que obtuvo su libertad mediante Medidas Cautelares y siguió operando en nuestro país durante mucho tiempo, siendo aprehendido posteriormente en el Ecuador y del Francés Scobri, traficante de riqueza cultural, que obtuvo su libertad bajo Medidas Cautelares, con la garantía del secretario de su abogado y obviamente nunca más se lo volvió a ver.

Dentro de las principales críticas deben mencionarse las siguientes:

1.5.1. EL RÉGIMEN CAUTELAR ANTERIOR Y EL NUEVO, COMENTARIOS GENERALES.-

El régimen de Medidas Cautelares regulado por el D.L. 10426 promulgado en fecha 23 de agosto de 1973, es decir, Código de Procedimiento Penal y la Ley 1685 de fecha 2 de febrero de 1996 o Ley de Fianza Juratoria Contra la Retardación de Justicia Penal, es francamente distinto al establecido en el Nuevo Ordenamiento Jurídico Procesal, sin embargo para comprender la transformación a cabalidad no basta sólo el análisis del Nuevo Régimen de Medidas Cautelares instituidas en la Ley 1970 o El Nuevo Código de Procedimiento Penal, es preciso, estudiarlas en el contexto de los sistemas procesales diseñados en la normativa vigente y La Nueva Ley Procesal Penal, sus enfoques doctrinales y sus propósitos finales.

Bajo el nomen juris de MEDIDAS JURISDICCIONALES, el Título V, del Libro Segundo del Código anterior regula el Régimen de Medidas Cautelares, el Capítulo I trata de la anotación preventiva, requisita, allanamiento y arraigo, es decir, de medidas restrictivas de derechos, tanto personales como reales; el Capítulo II trata de la detención preventiva; el capítulo III, reformado en gran parte por la Ley de Fianza Juratoria, versa sobre la Libertad Provisional; el Capítulo IV sobre la Calificación de Fianza.

Mientras que el sistema anterior propugnaba una aplicación amplia y casi irrestricta de las Medidas Cautelares, el nuevo sistema diseña la aplicación restrictiva de las mismas, lo que era la regla anteriormente debe ser la

excepción hoy en día, en síntesis se tratan de dos enfoques sobre el mismo tema diametralmente opuestos.

El Régimen Cautelar que se supera, sobre todo el personal, era atentatorio de derechos y garantías fundamentales de la persona humana, especialmente los contenidos en los arts. 7, 9, 11 y 117 de la Constitución Política del Estado, puesto que la persona aprehendida por la policía bajo la dirección ó no, del Ministerio Público, debería ser remitida al Órgano Jurisdiccional en el término de 48 horas, según la disposición contenida en el art. 118 del Código anterior en franca inobservancia del término constitucionalmente establecido para el efecto que es de 24 horas.

La policía aprehendía y liberaba personas aún sin el conocimiento del fiscal y, obviamente, sin que exista control jurisdiccional sobre este de actuaciones, durante las diligencias de policía judicial.

El fiscal, si conocía de la aprehensión tenía dos opciones: liberar al aprehendido o remitirlo al juez de Instrucción conjuntamente las diligencias de policía judicial, dentro de las 48 horas establecidas en el anterior Código de Procedimiento Penal, término que regularmente no se cumplía rigurosamente, debido a que con la aprehensión recién empezaba la investigación y la correspondiente elaboración de informes y requerimiento conclusivo.

El nuevo sistema pretende el cumplimiento estricto de la C.P.E., no sólo en cuanto a términos se refiere, sino también a la aplicación real del principio de inocencia o presunción de inocencia, de manera tal que la aplicación de las

Medidas Cautelares no se convierta en el injusto o anticipado cumplimiento de una pena por una persona a la que el Estado le reconoce su condición de inocente en tanto no pese en su contra una sentencia condenatoria ejecutoriada.

La aplicación irrestricta de la limitación de la libertad personal del imputado con fines extra procesales, característico del antiguo Código, como el aseguramiento del pago de daños, perjuicios, costas y multas no corresponde al diseño constitucional ni a la Doctrina Procesal Penal contemporánea, frente a la triple finalidad de la detención preventiva y lógicamente de la fianza: garantizar la presencia del imputado en los actos del proceso el pago de daños y multas el nuevo sistema revierte esta situación, otorgándole a la Medida Cautelar personal una sola finalidad: la de garantizar del presencia del imputado en los actos del proceso o de que éste no obstaculice la averiguación de la verdad.

El antiguo Régimen en cuanto a las Medidas Restrictivas de carácter personal, establece las siguientes reglas para su aplicación:

- Para el arraigo (art. 193): la gravedad del delito, que existan razones fundadas de que el imputado no permanecerá en el lugar donde fuere procesado (en la práctica esta medida se aplicaba de forma irrestricta a veces de oficio o sólo a pedido de parte, sin que se analicen o comprueben los requisitos formalmente establecidos).

- Para la detención preventiva: que el delito calificado, sea de acción pública o privada, merezca pena privativa de libertad cuyo máximo legal exceda

los dos años, que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente, que el imputado, es con probabilidad autor de un hecho punible o partícipe en él, que exista fundada presunción de que el imputado dificultará la averiguación de la verdad o continuará con acciones delictivas (en los casos concretos de la aplicación de esta medida, en la mayor parte de los casos el juez sólo apreciaba la calificación del hecho, dispuesta en el auto inicial de la instrucción o en el auto de apertura de juicio, disponiendo la detención preventiva o formal a través de un decreto que se limitaba a señalar como fundamentación el hecho y los indicios de autoría del imputado).

En cuanto a imputables menores de 18 años, sólo procedía la detención preventiva en delitos cuyo máximo legal sea igual o superior a los 5 años de detención preventiva, según el art. 4 de la Ley de Fianza Juratoria.

- La libertad provisional podía ser solicitada aún sin que se halle detenido el imputado y se establecía las siguientes reglas para su improcedencia: cuando el o los delitos imputados merezcan pena privativa de libertad cuyo mínimo legal sea superior a los dos años; cuando existan vehementes indicios de que el encausado obstaculizará la averiguación de la verdad (arts. 12 al 15 de la Ley de Fianza Juratoria).

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

procedía como sustitución de una fianza económica en casos de delitos de acción penal pública de hasta Bs. 13.000 y de acción penal privada de hasta Bs. 9.000) y, en muchos casos, por lo elevado de los montos calificados se hacía inviable la libertad del imputado, a esa libertad se denominaba “libertad provisional”, terminología que denota el autoritarismo del anterior sistema, que consideraba la detención preventiva o formal del imputado como una regla y no como una excepción al estado natural de libertad del ciudadano.

La libertad provisional bajo fianza juratoria por retardación de justicia o extrema pobreza, instituida a través de la Ley de Fianza Juratoria, por lo menos desde la perspectiva de los objetivos legislativos pretendía atenuar la dureza del sistema penal humanizándolo, conviene recordar que aún la Ley 1685, no tuvo una aplicación plena, las prácticas y costumbres anteriores a esa norma se impusieron en varios juzgados y tribunales de la República.

El Nuevo Régimen Cautelar racionaliza también la aplicación de la aprehensión, medida de la que se abusaba con fines no procesales y que no estaba sujeta a control jurisdiccional, en el contexto del nuevo sistema se revierte esta situación pues aprehendida que fuere una persona sólo el juez es competente para resolver su situación personal (art. 229 NCPP).

Control jurisdiccional que refuerza el Sistema Republicano de pesos y contrapesos, pues la función del juez de instrucción se limita a ese control, ya no tiene funciones de investigador, esta directriz inspirada en los principios del sistema acusatorio basado en la clara identificación de funciones, impone al Ministerio Público la obligación no sólo de solicitar y fundamentar el pedido de aplicación de una Medida Cautelar sino también de presentar actividad probatoria, denominada elementos de convicción sobre riesgo de fuga o de obstaculización, es decir debe proporcionar al Juez del proceso la información y

prueba necesaria para otorgar el pedido, si los elementos de riesgo u obstaculización no se hallan acreditados el Organo Jurisdiccional no puede indagar nada de oficio sino resolver el pedido en mérito a los antecedentes que le son presentados tanto por la parte acusadora y la defensa.

Conviene puntualizar que si bien la carga de la prueba corresponde al que acusa, no es menos cierto que la defensa puede ejercitar su derecho a presentar elementos de convicción que enerven o destruyan los presentados por la parte acusadora. Lo que es obligación para el órgano encargado de la persecución penal es oportunidad para la defensa.

1.5.2. EL CAMBIO RADICAL DEL RÉGIMEN CAUTELAR.-

La restricción de derechos de la persona sometida a la jurisdicción penal, de acuerdo al diseño del Código de Procedimiento Penal de 1973, hacía de la detención preventiva, la más dura de las Medidas Cautelares, una regla aplicable a los delitos que merezcan pena privativa de libertad, cuyo máximo exceda de dos años y existan contra el imputado indicios manifiestos y graves de haberlo cometido, esta decisión de oficio debía disponerla el Juez Instructor inmediatamente recepcionada que fuera la declaración indagatoria del imputado, la resolución que disponía la detención preventiva no admite recurso alguno y ni siquiera es objeto de una adecuada fundamentación, en la mayoría de los juzgados y tribunales de la república la decisión de restringir la libertad del imputado se limitaba simplemente a un: “Vistos, la calificación del delito por la que se establece que el delito tiene prevista una pena superior a los dos años de privación de libertad y existiendo suficientes indicios de culpabilidad se dispone la detención preventiva ...”.

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

El arraigo, de acuerdo al Régimen del 73, podía disponerse aún de oficio, sin justificación fundamentada.

Sin importar la gravedad del hecho ni si se trata de un delito de bagatela o no, dictado el auto inicial de la instrucción, el juez a pedido de parte podía ordenar la anotación preventiva de la querrela sobre todo el patrimonio del imputado por ante Derechos Reales, Tránsito y Cooperativas Telefónicas, con el fin de precautelar la acción reparadora de daños y perjuicios, no existía ninguna proporcionalidad entre lo que se pretendía precautelar y las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad del imputado.

Las Medidas Cautelares Personales y Reales perseguían fines extrajudiciales y, lo que es más grave, se constituyeron en aplicación de penas sin juicio previo, en franca violación del principio de presunción de inocencia y de proceso debido.

El carácter francamente inquisitivo del Régimen Cautelar, regulado por el antiguo Código de Procedimiento Penal, bajo el erróneo Título de “Las Medidas

Jurisdiccionales”, no respondía al espíritu constitucional, sin embargo ha generado una cultura jurídica y ciudadana frente el Proceso Penal, referida a que si no había detenido durante el proceso, la causa ya estaba perdida para el querellante de inicio o viceversa, si él o los imputados estaban detenidos la causa estaba ya ganada para el acusador, en todo caso el Nuevo Código de Procedimiento Penal, establece un Régimen Cautelar de aplicación restrictiva de los derechos del imputado, lo que debe entenderse no sólo como “defensa de presupuestos constitucionales sino también como liberación ideológica..” del que Administra Justicia Penal.

La oficiosidad en la disposición de Medidas Cautelares por parte del órgano judicial, es suprimida en el Nuevo Orden Procesal Penal, toda medida que restrinja derechos debe ser ordenada a pedido de parte y mediante auto motivado, que es impugnabile y revisable, eso sí, aún de oficio, si las condiciones que han dado lugar a su aplicación desaparecen o se han transformado, los fines de la restricción de derechos son estrictamente cautelares, en definitiva, se trata de un giro de 180 grados con relación al sistema anterior.

En cuanto a la restricción de derechos, el Nuevo Código de Procedimiento Penal amplía el catálogo de medidas alternativas a la detención preventiva y se reduce el espectro de los delitos en los que procede la detención preventiva, limitada a aquellos delitos de acción pública cuya pena máxima exceda los 3 años de privación de libertad, debiendo concurrir además: la probabilidad de participación en el hecho y el riesgo de fuga u obstaculización de la justicia.

1.5.3. LA NECESIDAD DE APLICAR EL NUEVO RÉGIMEN CAUTELAR CUANTO ANTES.

La aplicación irrestricta de Medidas Cautelares en los derechos del imputado en el Proceso Penal, con fines extra procesales, acabaron favoreciendo ha actos extorsivos o se transformaron en injustos, en algunos casos, anticipados cumplimientos de pena sin juicio previo, extremo que no podía ser sostenido por más tiempo, por lo que el Nuevo Código de Procedimiento Penal, en su Parte Final - Disposiciones Transitorias, bajo la modalidad de "Aplicación Anticipada", establece que, entre otras disposiciones, entrarán en vigencia al año de la publicación del Nuevo Código, las disposiciones que regulan las Medidas Cautelares, Título I, Título II y Capítulo I del Título III del Libro Quinto de la Primera Parte. Es decir el 31 de mayo de 2000 en que empezó a aplicarse el Nuevo Régimen Cautelar, debería recordarse, como el día de la democratización de la Justicia, sino también como el día de la humanización de la Justicia Penal Boliviana.

La aplicación anticipada del Nuevo Régimen Cautelar presentó un alto grado de complejidad pues establecía no sólo nuevas concepciones sobre el Sistema de Administración de Justicia Penal y criterios que favorecían la condición de inocente del imputado definiendo nuevas condiciones y reglas para la restricción de derechos del indiciado sino que imponía una visión de corte más democrático y propio de un Sistema Penal Acusatorio frente a un esquema Procesal Penal preponderantemente acusatorio, dentro de las estructuras del viejo sistema se impusieron nuevos procedimientos y conceptos para facilitar el proceso de cambio, el Fiscal General de la República dos días antes de la vigencia anticipada dictó el instructivo 001/00 y la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los pocos días de la vigencia anticipada aprobó la Circular 21/00, en base a propuestas mejoradas que surgieron en el ámbito del Ministerio de

Justicia a través del Equipo Técnico de Implementación del Nuevo Código de Procedimiento Penal.

Si bien se presentaron varios problemas en la aplicación del Nuevo Régimen Cautelar, se resistieron algunos fiscales de materia de sustancias controladas y aduanas de someter sus causas a las Nuevas Reglas Cautelares del procedimiento, éstas se fueron superando prontamente a través de la Jurisprudencia uniforme generada por el Tribunal Constitucional, por la que se reconoce la aplicación de las Medidas Cautelares establecidas en la Ley 1970 tanto en materia ordinaria, aduanas y sustancias controladas. Especialmente en el primer semestre de la vigencia anticipada jueces y tribunales de la República, en muchos casos imponían fianzas económicas muy elevadas y por lo tanto de imposible cumplimiento, situación que se supera paulatinamente. No todos los operadores han alcanzado a comprender que a través de la detención preventiva se persiguen fines estrictamente procesales.

Sin embargo de los varios problemas que se han verificado la experiencia ha sido altamente provechosa para la consolidación del Nuevo Sistema Procesal Penal, debido a que través del establecimiento de la aplicación restrictiva de las Medidas Cautelares y sus fines estrictamente procesales (arts. 7, 85, 86, 141, 149, 181, 222 y 223 del CPP), los operadores comenzaron a visualizar la necesidad del establecimiento del control jurisdiccional sobre la investigación dirigida por el fiscal, sin que el Juez de Instrucción se involucre en la investigación (art. 54, 70, 71, 279 CPP), la necesidad de aplicar la primacía Constitucional que parecía un postulado de imposible cumplimiento, por ejemplo en lo que refiere al cumplimiento estricto del término de 24 horas para la remisión del aprehendido por la Policía o la Fiscalía ante el Órgano Jurisdiccional (arts. 227 al 232, 291 CPP),

1.5.4. EL NUEVO RÉGIMEN CAUTELAR EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA ORAL ACUSATORIO BOLIVIANO.-

El 11 de febrero de 1993, mediante Ley No. 1430, Bolivia ratifica la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en la Conferencia de Estados Americanos celebrada en San José, Costa Rica del 7 al 22 noviembre de 1969, que en el capítulo II referido a los Derechos Civiles y Políticos con relación al art. 8 establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con la debidas garantías que condiciona la legalidad, tratamiento que deberá realizarse dentro un plazo razonable, con la participación de la autoridad competente o sea un juez o tribunal que debe ser independiente e imparcial y que haya sido establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o por la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Asimismo toda persona inculpada de delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad a través de proceso judicial, y que toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

En su artículo 7 establece el derecho a la libertad personal “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.. 5. toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para

ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Se establece además que su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio.

Sus fundamentos, son los mismos que se establecen para las medidas cautelares, es decir esta medida está concebida para lograr los fines del procedimiento, debiendo regularse en equilibrio frente a los derechos del imputado, como el derecho a un juicio previo, y los principios fundamentales del proceso penal, como la presunción de inocencia, la proporcionalidad, excepcionalidad, etc. De acuerdo a estos principios fundamentales del sistema procesal Penal, por ser la medida cautelar personal de mayor intensidad, procederá solo cuando las demás medidas, fueren insuficientes para asegurar la finalidad del procedimiento.

En caso de inculpación a ser asistida gratuitamente por un traductor o interprete, en caso de no comprender o hablar el idioma del tribunal, tener comunicación previa y detallada sobre la acusación formulada en su contra; asimismo el derecho a tener el tiempo prudente y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

La persona inculpada está garantizada a defenderse personalmente en juicio (defensa material art. 8 CPP) con el apoyo de un defensor técnico art. 9 CPP., de su elección quien podrá diseñar y estructurar la estrategia correspondiente a su favor, de igual forma tienen derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor antes de cualquier actuación procesal; en caso de no tener un defensor el Estado le proporcionará uno remunerado.

Las personas que comparezcan ante autoridad competente en ningún momento serán obligados a declarar en su contra ni a declararse culpables de hechos que se les imputan; asimismo se garantiza el derecho a recurrir los fallos ante una instancia superior.

Y por último, la persona imputada que haya sido declarada absuelta por una sentencia firme no podrá ser sometida a nuevo juicio por los mismos hechos que ya fue juzgado y que el proceso penal debe ser único y público, el principio “non bis in ibidem” no admite excepciones, sin embargo, en casos concretos podrá disponerse la reserva de actuaciones.

En definitiva, Bolivia incorpora de manera sistemática los alcances de la Convención interamericana a la normativa interna, recogiendo también, obviamente los principios de la declaración Universal de Derechos Humanos, cuyos ejes rectores deben orientar también la aplicación del régimen cautelar, debido a que las garantías se manifiestan y objetivizan no sólo a los efectos del juicio, sino a lo largo de todo el proceso.¹⁵

1.6. ALTERNATIVAS DE REFORMA.

Por el panorama descrito anteriormente y ante las continuas críticas por parte de los medios de comunicación y los entendidos en la materia, sean propuestas varias alternativas de reforma. Hay quienes pretenden su completa abolición, conservando el actual sistema. Otros postulan también su completa abolición

¹⁵ COLECCIÓN BIBLIOGRAFICA DE CIENCIAS JURIDICO PENALES, Hans Welzel El Nuevo Sistema del Derecho Penal, el fallo Avena de la Corte Internacional de Justicia y la Violación de los Derechos Consulares de los Detenidos Extranjeros.

pero volver al sistema antiguo y finalmente esta la posesión de los que quieren que se mantengan pero se realicen algunas reformas para que sean mas estrictas y no favorezcan a delincuentes peligrosos que hacen del delito una verdadera "PROFESIÓN" o sea viven de esa actividad y la Medidas Cautelares les favorecen para seguir actuando impunemente. Los que tienen esta posesión señalan que ha esta clase de delincuentes hay que sacarlos de las calles, procediendo a su justa detención, ya que incluso algunos, son tan avezados, que a un siguen actuando detrás de las rejas y otorgar a esa clase de delincuentes, Medidas Cautelares tan flexibles e irrestrictas, es concederles una ganga o directamente un permiso para seguir operando impunemente.

Otro elemento muy importante, que se destaca en la presente Tesis, se refiere ha que se tome en cuenta para otorgar las Medidas Cautelares, la gravedad del hecho, concediéndose este para cualquier delito, por muy grave que sea. Por ejemplo, últimamente se levanto una gran protesta a nivel nacional, por que un juez cautelar del chapare concedió a dos hermanas que tiene fuertes lasos políticos con el gobierno la libertad bajo medidas cautelares, pese ha que estas fueron encontradas en posesión de ciento cincuenta kilos de cocaína, lo que ilustra nuestra posesión de tomar en cuenta, como elemento para disponer la detención preventiva a la gravedad hecho.

CAPITULO II

LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR DE CARÁCTER PERSONAL.

2.1. MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL

2.1.1. NOCIÓN.-

Las Medidas Cautelares son instrumentos procesales que se imponen durante el curso de un Proceso Penal, con el objeto de restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas.

Estas Medidas Cautelares personales tienden a evitar el peligro de obstaculización del proceso y buscan asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena al imputado. Si luego de comprobada la culpabilidad del imputado en juicio éste pudiera sustraerse al cumplimiento de la sanción, la justicia se vería burlada y la sociedad perdería la confianza en el derecho.

“Estos actos coercitivos afectan por regla general al imputado, a quien se puede restringir en el ejercicio de sus derechos personales (por ejemplo, allanando su domicilio, abriendo su correspondencia, privándole de su libertad de tránsito o locomoción, etc.). O patrimoniales de carácter real (ejemplo, embargando sus bienes). Pero también puede afectar a terceros, como por ejemplo al testigo que

se ve obligado a comparecer a declarar, la víctima de lesiones que debe someterse a un examen corporal o el propietario de la cosa hurtada que se ve privado temporalmente de su uso y goce mientras permanece secuestrada con fines probatorios.”¹⁶

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

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

Se destacan como principios o características generales de las Medidas Cautelares a las siguientes:

Excepcionalidad, en vista del derecho a la libertad personal y al principio de presunción de inocencia (que veremos con más detalle cuando analicemos la detención preventiva), la regla es la libertad y la excepción la aplicación de alguna Medida Cautelar.

¹⁶ CAFFERATA NORES José I. Medidas de coerción en el Código de Procedimiento Penal.. Edic. de Palma, Bs. As. 1992, pag. 4

“La principal exigencia que deriva del principio de excepcionalidad es la de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción menos lesivas, distintas a la privación de libertad.”¹⁷

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

“La violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión...si se trata de delitos que tienen previstas penas menores o penas de multa leve, resulta claramente inadmisibles la aplicación de la prisión preventiva. Si en el caso concreto se espera una suspensión de la pena, tampoco existiría fundamento para encarcelar preventivamente al imputado.”¹⁸

El Empleo de la fuerza pública, para imposición de una Medida Cautelar, que implica que se puede hacer uso de ésta para detener a un ciudadano (detención preventiva) o puede amenazarse con aplicar la fuerza para hacer cumplir el mandamiento respectivo (ejemplo, citación bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública en caso de negativa a hacerlo).

Instrumentalidad, ya que la medida cautelar no tiene una finalidad en sí misma.

¹⁷ (BOVINO Alberto, Prisión Cautelar, El fallo Suárez Rosero, p. 671)

¹⁸ A. BINDER Introducción al Derecho Procesal Penal.. Ed. Alfa Beta, Bs. As. 1993, p. 201.

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

Así por ejemplo: para evitar que el imputado intente amenazar o sobornar a testigos, alterar los rastros del delito, etc. - lo que haría peligrar el descubrimiento de la verdad, - se permite restringir su libertad de locomoción mediante la detención. Y si se temiera que, aún privado de libertad, pueda intentar todavía entorpecer la investigación por medio de terceras personas, se podrá disponer su incomunicación.

Asimismo, cuando en el caso concreto sea presumible, que el imputado preferirá darse a la fuga antes que someterse a la pena que se le pudiera imponer, frustrando así la efectiva aplicación de la Ley Sustantiva, se autoriza también la imposición de restricciones a su libertad (Detención Preventiva).¹⁹

Temporalidad.- La Medida Cautelar solo puede imponerse estando pendiente el proceso principal y tiene una duración limitada en el tiempo.

¹⁹ CAFFERATA NORES José I. Medidas de Coerción en el Nuevo Código de Procedimiento Penal.. Edic. de Palma, Bs. As. 1992, pag. 4

“Toda persona sometida a un proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como encarcelar a una persona para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.”²⁰

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

“Artículo 250 del CPP.- (Carácter de las decisiones). El auto que imponga una Medida Cautelar o la rechace es revocable o modificable, aún de oficio”.²¹

“Artículo 251 del CPP.- (Apelación) La resolución que disponga, modifique o rechace las Medidas Cautelares, será apelable en el término de setenta y dos horas...”²²

Jurisdiccionalidad, pues su aplicación y control se encuentran reservados exclusivamente a los Jueces.

²⁰ Introducción al Derecho Procesal Penal. A. Binder. Ed. Alfa Beta, Bs. As. 1993, pag. 201.

²¹ Publicación en la Gaceta Oficial Ley 1070 “Código de Procedimiento Penal”.

²² Publicación en la Gaceta Oficial Ley 1070 “Código de Procedimiento Penal”.

“Si son los jueces quienes tienen a su cargo la vigencia de los principios de juicio previo y de inocencia, es coherente -más aún dentro de la lógica de las garantías - que sean los jueces y sólo ellos quienes autoricen medidas excepcionales como la que tratamos.

Carecería de sentido que se les encomendara a los jueces la preservación de estos principios y se concediera a cualquier autoridad la posibilidad de autorizar las excepciones. Por lo tanto, la interpretación correcta de la norma constitucional indica que solamente se puede privar de libertad a las personas mediante una Orden Judicial.”²³

2.1.3. LA MEDIDA CAUTELAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.-

Por restringir, limitar o afectar derechos constitucionalmente garantizados en la Constitución Política del Estado como son la libertad y la propiedad patrimonial del imputado, las Medidas Cautelares deben encontrar respaldo en las Leyes Fundamentales y estar expresamente previstas.

“Las Garantías Constitucionales no se hicieron para ser estudiadas en los manuales; al contrario, deben formar parte de la conciencia cívica más elemental”²⁴

²³ Introducción al Derecho Procesal Penal. A. Binder Ed. Alfa Beta, Bs.As. 1993, pag. 197.

²⁴ (A. Binder. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ed. Alfa Beta, Bs.As. 1993, p. 118).

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

2.1.4. DEBIDO PROCESO.-

Art. 117 Constitución Política del Estado, Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada.

De este precepto constitucional se pueden deducir tanto la forma de imponer un castigo así como la autoridad competente para imponerla, que es el juez.

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

La cuestión en principio, se mueve sólo entre dos extremos: libertad o su restricción por la pena. Y como la sanción sólo se concibe después del juicio previo, durante la tramitación de éste funcionará la garantía del Art. 117 CPE. Esto permite afirmar que el estado normal - por así llamarlo - de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es el de libertad.”²⁵

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

Nuestra Constitución Política del Estado dice:

Art. 23 P. III.- Nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la Ley. La ejecución del mandamiento requerirá que éste emane de autoridad competente y que sea emitido por escrito.

Tal como el precepto constitucional del párrafo anterior lo manda, “sino en los casos y formas establecidas por ley”, nos obliga a recurrir al marco legal correspondiente, en este caso al Nuevo Código de Procedimiento Penal, que en su artículo 221 dispone:

²⁵ Medidas de Coerción en el Nuevo Código de Procedimiento Penal. José I. Cafferata Nores Edic. De palma, Bs .As. 1992, pag. 8

Art. 221 CPP.- La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y este Código, sólo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley.

Las normas que autorizan medidas restrictivas de derechos, se aplicarán e interpretarán de conformidad con el artículo 7 de este Código. Esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundamentada, según lo reglamenta este código, y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación. No se podrá restringir la libertad del imputado para garantizar el resarcimiento del daño civil, el pago de costas o multas.” (N CPP, art. 221).

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

En virtud de los perjuicios que su aplicación ocasiona al afectado, que - es conveniente reiterar - goza de un estado jurídico de inocencia... se ha establecido que las normas que coarten la libertad personal deben ser interpretadas restrictivamente”²⁶

Artículo 7 CPP.- (Aplicación de Medidas Cautelares y Restrictivas)

²⁶ Medidas de Coerción en El Nuevo Código de Procedimiento Penal. José I. Cafferata Nores Edic. Depalma, Bs. As. 1992, pag. 10

La aplicación de Medidas Cautelares establecidas en este Código será excepcional. Cuando exista duda en la aplicación de una Medida Cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste” (NCP, Art. 7)

Como dice Binder, “no se puede afirmar que estos principios tengan una vigencia absoluta, porque la propia Constitución establece la posibilidad de aplicar el encarcelamiento durante el Proceso Penal”²⁷

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

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

²⁷ Introducción al Derecho Penal, Binder, Alberto.pag. 196, Ed. Alfa Beta, Bs. As., abril 1993.

¿Si nuestra propia CPE manda, que sólo se puede quitar la libertad a un individuo siempre que exista previamente un juicio, entonces la aplicación de medidas cautelares viene a ser una violación a esta garantía?

No. La medida cautelar no debe ser vista como un castigo anticipado, por el cual se priva al individuo de su libertad. Más bien debe ser entendida en su verdadero sentido, como un instrumento que posibilita asegurar que el imputado esté presente en el juicio y no obstaculice la averiguación de la verdad.

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

Si el culpable, abusando de su libertad, pudiera impedir la condena - falseando las pruebas o no compareciendo al proceso - o eludir el cumplimiento de la pena – fugando, - la justicia lejos de ser afianzada sería burlada.”²⁸ Manifiesta que:

La Medida Cautelar no se contrapone al principio Constitucional del juicio previo, en la medida que no debe considerársele “pena anticipada”, sino un instrumento que garantice la presencia del imputado en juicio. Es por ello que la imposición de Medidas Cautelares debe producirse únicamente por la

²⁸ Medidas de Coerción en El Nuevo Código de Procedimiento Penal. José I. Cafferata Nores Edic. Depalma, Bs.As. 1992, pag. 8.

necesidad - verificada en cada caso - de que el imputado no se someterá al proceso o obstaculizará la averiguación de la verdad.”²⁹

En esa óptica, si la Medida Cautelar ya no es considerada una “pena anticipada”, puede imponérsele durante el juicio, para los fines ya explicados.

La garantía del juicio previo prevé entre el supuesto hecho delictivo y la pena a imponer, un lapso de tiempo donde el imputado tenga la garantía de un debido proceso.

La circunstancia de que nadie pueda ser penado sin juicio previo, ve la posibilidad de castigar durante el juicio. La Constitución ha desechado la posibilidad de sanción inmediata al delito...interponiendo entre el hecho y la pena un plazo que es “ocupado” por el proceso”,³⁰ las Medidas de Coerción en El Código de Procedimiento Penal.³¹

2.1.5. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.-

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

²⁹ Tratado de derecho Procesal Penal, Clariá Olmedo t. V, pag. 219.

³⁰ José I. Cafferata Nores.

³¹ Edic. Depalma, Bs. As. 1992, pag. 12.

Este principio nos dice, que toda persona debe ser considerada inocente mientras no se destruya su estado jurídico de inocencia en juicio, mediante sentencia ejecutoriada o firme.

Según se observa la emergente necesidad de juicio previo. De ahí que se afirma que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso” o que “los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme y ejecutoriada, aún cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa”³²

Como explica Binder el principio de inocencia, no dice que el imputado sea en verdad inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste en atribuir a toda persona un “estado de inocencia”. Es por ello que en virtud a esta presunción de inocencia, es el fiscal quien tiene que probar la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. También nos dice este principio que nadie puede ser considerado culpable sino en virtud a una sentencia, dictada en un juicio.³³

El principio de inocencia exige, entre otras cosas, que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del caso penal en su contra.

La consecuencia más importante de esta exigencia, que obliga a tratar como inocente al imputado, consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer

³² Derecho Procesal Penal, Maier Págs. 490 y SS. Ed. Del Puerto, 1996.

³³ Introducción al Derecho Penal, Binder, Alberto pag. 196, Ed. Alfa Beta, Bs. As., abril 1993.

en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que necesariamente deben ser impuestas al uso excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal,

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

No existe contradicción entre este principio y la imposición de Medidas Cautelares, porque como ya lo dijimos al hablar sobre el juicio previo, la solicitud de imponer una Medida Cautelar no debe considerarse como un castigo anticipado.

Reiteramos que la aplicación de Medidas Cautelares debe responder a un fin procesal, que es asegurar la presencia del imputado al momento del juicio (evitando así su fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad) y no puede responder a un fin de prevención, que es el que tienen las penas.

La realidad nos muestra, por el contrario, que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables; que en muchas ocasiones por defectos del procedimiento, la sociedad “debe dejar salir”, a pesar que – ya - fueron – condenados, - en la denuncia o por los medios de comunicación.”³⁴

³⁴ Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal, Pág. 126)

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

Históricamente, la llamada -presunción de inocencia- no ha tenido como fin impedir el uso de la coerción estatal durante el procedimiento de manera absoluta; la admite con carácter excepcional. Por ello, las normas que limitan la libertad personal deben interpretarse restrictivamente puesto que si el imputado goza de un estado de inocencia no se le puede castigar anticipadamente con privación de libertad.”³⁵

2.1.6. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES.

Como ya hemos dicho, las Medidas Cautelares pueden ser de carácter personal o de carácter real, es decir que pueden recaer sobre los derechos de los ciudadanos.

Nuestro Código de Procedimiento Penal reconoce entre las Medidas Cautelares de carácter personal el arresto (Art. 225 CPP.), la aprehensión (Art. 226, 227, 229 CPP.), la incomunicación (Art. 231 CPP.), la detención preventiva (Art. 232 al 239 CPP.) así como las Medidas Sustitutivas a la detención preventiva enumeradas en el Art. 240 CPP.. Tanto la presentación espontánea como la

³⁵ Ledezma, Rosaly. Módulo I, Política Criminal y derecho penal., ETI, 2001, p. 11).

citación no son Medidas Cautelares propiamente dichas, sino más bien Medidas Preventivas. La presentación espontánea (Art. 223 CPP.) como Medida Preventiva, y la citación trae como consecuencia un mandamiento de aprehensión que es librado en su contra, si el imputado no se presenta a la misma,(Art. 224 CPP.).

Entre las Medidas Cautelares de carácter real, tenemos las previstas en el Código de Procedimiento Civil, que deben imponerse únicamente en los casos expresamente indicados en ese código, y siempre que se trate de bienes propios del imputado. Entre ellas se consideran el embargo, la fianza, la anotación preventiva, la hipoteca legal, el secuestro, la intervención, etc. (Art. 222 2da. parte, 252 del CPP y Art. 156 del CPC.).

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

1. La presentación espontánea (Art. 223 CPP.) no es una Medida Cautelar propiamente dicha, sino más bien debe considerársele como una Medida Preventiva.

2. La citación trae como consecuencia, si el imputado no se presenta a la misma, que se libre en su contra un mandamiento de aprehensión. (Art. 224 CPP.). Si se tratara por ejemplo de un delito con pena inferior a dos años, donde no pudiera ordenarse la aprehensión de una persona que no concurre a la citación, entonces el fiscal debe solicitarle a juez cautelar que lo declare rebelde.

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

3. El arresto es la privación de libertad de un ciudadano, que puede ser ordenado por el Fiscal o la Policía. El arresto debe aplicarse como última opción, únicamente de ser esto necesario.

Deben existir algunas circunstancias para que se pueda arrestar a un ciudadano. Cuando sea imposible individualizar a los autores, partícipes y testigos del hecho y cuando se deba proceder con urgencia para no perjudicar la Investigación.

En esos casos, la policía o el fiscal dispondrán:

Que los presentes no se alejen del lugar,

No se comuniquen entre sí, antes de informar

No se modifique el estado de las cosas y de los lugares.

Si todo esto no fuera posible porque los presentes incumplen las directrices impartidas, recién se ordena el arresto de los presentes y puede conducirlos a las dependencias de la policía, para efecto de tomarles sus generales de ley o incluso su manifestación, en presencia de su abogado defensor. (Art. 7, Art. 74, Art. 221, 222, 225; Art. 23 p III, 122 CPE).

El plazo del arresto no puede en ningún caso exceder el máximo de ocho horas y la policía deberá comunicar este hecho a la fiscalía. (Art. 225 CPP.; Art. 23 P. III CPE). Si la persona no es puesta a disposición fiscal y permanece en sede

policial por más de ocho horas, el imputado puede interponer un recurso de Acción de Libertad ante la Corte Superior de Distrito (Art. 125 CPE).

Es importante aclarar que la citación no es requisito previo para la aprehensión de un imputado. Basta que se configuren los requisitos de la aprehensión para que ésta pueda ordenarse, tanto por el fiscal o en los casos de flagrancia donde policía y particulares pueden hacerlo.

Esto significa que los artículos 224 y 226 CPP. no son concurrentes y no dependen uno del otro. (Art. 226, 227 y 229 CPP.).

Hasta antes del cumplimiento de las ocho horas, la policía está facultada también a otorgarle su libertad al arrestado; pero ni ella ni la fiscalía pueden otorgar su libertad a las personas legalmente aprehendidas, pues ésta es competencia únicamente de los jueces de instrucción cautelar.

4. La Aprehensión, es la privación de libertad de corta duración de un ciudadano, ordenada por el fiscal o el juez y efectivizada por la policía y en otros casos también por particulares.

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

La flagrancia, es la prueba más directa del delito. Para proceder a la detención del sujeto sorprendido in fraganti, se autoriza incluso a proceder al allanamiento de un local sin orden judicial, cuando el delito que habría cometido fuese grave. (Arts. 180, 229 y 230 CPP.) Y con la última implementación al Código de Procedimiento Penal con la Ley 007 de fecha 18 de marzo de 2010, Modificaciones al sistema Normativo Penal, en su art. 2 el cual hace hincapié al procedimiento para Delitos Flagrantes, agregado al título V del libro segundo de la ley 1970, "Procedimientos Especiales y Modificaciones al Procedimiento común". El mismo que procederá a solicitud del fiscal para el procedimiento inmediato para delitos flagrantes, mediante resolución de imputación ante el Juez cautelar.

Para que el fiscal pueda ordenar la aprehensión de un ciudadano deben concurrir las siguientes circunstancias:

Que existan suficientes indicios que, es autor o partícipe de un delito de acción pública sancionado con pena privativa de libertad cuyo mínimo legal sea igual o superior a dos años

Que pueda ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar del hecho u obstaculizar la averiguación de la verdad.

La persona aprehendida por el fiscal, será puesta a disposición del juez, en el plazo máximo de veinticuatro horas contadas a partir de su privación de libertad, para que resuelva, dentro de las siguientes veinticuatro horas, sobre la

legalidad de la aprehensión, la aplicación de alguna medida cautelar o decrete su libertad por falta de indicios.

En todo caso, el imputado puede apelar la decisión que dispone su detención preventiva. (Art. 130, 226 2da. parte; Art. 251 CPP.).

5. La Incomunicación.- Considerar a un aprehendido violento o peligroso, por el hecho delictivo que se le atribuye, no justifica de ningún modo su incomunicación, La incomunicación como regla, ya no puede imponerse.

Sólo cabe incomunicar a una persona en forma excepcional. Se tendrán que respetar los requisitos siguientes:

La incomunicación será dispuesta por el fiscal encargado de la investigación sólo en los casos de notoria gravedad, cuando existan motivos que hagan temer que el imputado de otra forma obstaculizará la averiguación de la verdad;

Se fundará en los motivos señalados en el Art. 235 CPP.y esté de acuerdo con los criterios señalados en los Arts. 7, 221, 222 CPP.;

Tendrán que estar cumplidos los requisitos para la aprehensión, el arresto o la detención preventiva;

La incomunicación, será comunicada inmediatamente al juez de la instrucción para que ratifique o deje sin efecto la incomunicación; En ningún caso la incomunicación excederá el plazo de 24 horas;

La incomunicación no impide que el imputado sea asistido por su abogado defensor, antes de la realización de cualquier acto que requiera su intervención personal (Art. 84 2da y 3ra. Parte, 231 1ra. Parte, del CPP; Art. 73 par. II, 119 par. II CPE).

Se permitirá al incomunicado el uso de libros y material de escribir. Podrá también realizar actos civiles impostergables siempre que no perjudiquen la investigación. (Art. 231 3ra. parte CPP; Art. 73 par. II CPE)

El Código Procesal Penal no dice en ninguno de sus artículos, que se necesite solicitar audiencia para la imposición de una medida cautelar, sin embargo en la práctica se está haciendo. En realidad, la doctrina dice que es importante escuchar al imputado, pero la audiencia propiamente dicha puede celebrarse en algunos casos también con posterioridad a su detención y no previa a ésta.

Si por ejemplo, se tuviera a una persona aprehendida y al límite de las 24 horas no se presenta su defensor, no es posible por lo corto del tiempo solicitar audiencia para imponerle una Medida Cautelar (pues luego de las 24 horas debe salir en libertad). Por ello, la medida cautelar se impone sin audiencia y se le detiene. Posteriormente puede convocarse a una audiencia, ya en presencia de su defensor.

De otro lado, si por ejemplo no hubiera persona aprehendida porque ésta se dio a la fuga o no es habida, también puede solicitarse la imposición de Medida Cautelar ante el juez instructor y recién luego de ser detenida esta persona, convocar a una audiencia para escuchar lo que tiene que decir.

La Detención Preventiva.- Los requisitos para la detención preventiva son concurrentes, y son los siguientes:

Debe tratarse de un delito de acción pública (Art. 232 inc. 1, Art. 20 CPP.) que tenga prevista pena privativa de libertad (Art. 232 inc. 2) cuyo máximo legal sea tres años o más (Art. 232 inc. 3);

Se debe haber realizado previamente la imputación formal, es decir, debe existir pedido fundamentado del fiscal o del querellante (Art. 233, 302 CPP.);

Deben existir elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es con probabilidad autor o partícipe de un hecho punible (Art. 233 CPP.);

Deben existir elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá a juicio (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad. (Art. 233 CPP.);

No debe existir otra medida cautelar mas favorable al imputado, que sea suficiente para asegurar que el mismo se someterá a juicio y se abstendrá de obstaculizar la averiguación de la verdad (Art. 7, 221, 222 CPP.);

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

La ley No. 007 de modificaciones al sistema normativo penal, implemento al art. 234 y 235 del CPP. sobre el peligro de fuga y obstaculización del proceso, es importante tomar en cuenta las siguientes circunstancias:

Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;

Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;

La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso.

La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga y El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo. (Art. 234 CPP.)

Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad, se tendrán que tener suficientes elementos de convicción que le permitan al fiscal considerar que el imputado: Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; e Influirá negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos para beneficiarse. (Art. 235 CPP.)

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

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

La Detención Preventiva no la ordena el juez de oficio, sino siempre a pedido debidamente fundamentado del fiscal o del querellante.

Sobre el particular es importante reiterar, que todos los requerimientos del fiscal sobre Medida Cautelar tienen que estar fundamentados, es decir, explicar no solamente el por qué de la necesidad de la Medida Cautelar sino también cada uno de los requisitos.

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

En caso que las solicitudes de detención preventiva, no esté suficientemente fundamentadas por el fiscal - quien como parte acusadora tiene esta obligación, - el juez instructor debe rechazarlas.

También puede solicitarse la aplicación de Medidas Cautelares personales cuando el imputado ya ha fugado. En estos casos el fiscal imputa formalmente (según los requisitos del Art. 302 CPP.) y fundamenta su pedido de detención preventiva ante el juez.

El juez, dispondrá la Medidas Cautelar y ordenará se proceda a la captura del imputado, librando al efecto mandamiento de aprehensión, mediante resolución fundamentada. Con posterioridad a su captura debe solicitarse una audiencia cautelar, con el objeto de poder escuchar al aprehendido, pues entre las garantías procesales está, el derecho que tiene el imputado a ser oído.

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

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

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

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

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

La seriedad de la infracción y la severidad de la pena, son elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el riesgo de que la persona acusada se evada de la justicia. La privación de libertad sin sentencia sin embargo, no debiera estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido ha sido acusado de un delito particularmente objetable desde el punto de vista de la sociedad. La adopción de una Medida Cautelar Privativa de Libertad, no debe convertirse así en un sustituto de la pena en prisión.”³⁶

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

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

Los actos procesales cautelares no son una manifestación de la potestad punitiva del Estado, pues impediría el derecho a la presunción de inocencia que tiene todo ciudadano. (Art. 116 CPE).

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso 11.778

Será el Juez quien ordene la Detención Preventiva, que será notificada personalmente (Art. 163 inc. 3 CPP.).

El mandamiento de detención preventiva emitido por el juez debe ser hecho por escrito y fundamentado. Esto quiere decir que contendrá los motivos de hecho y de derecho en que basa tal decisión. La fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple mención del requerimiento fiscal o querellante. (Art. 73; 124, 226 CPP., Art. 23 III CPE).

Un mandamiento de Detención Preventiva que no explica las razones por las cuales se priva de libertad a una persona, atenta contra su derecho de libre locomoción y es por tanto ilegal. Art. 23 VI CPE

El detenido preventivo tiene que ser internado en establecimientos especiales o al menos en secciones separadas de los condenados, tal como lo manda la ley, y deberá ser en todo momento tratado como inocente, mientras no se declare su culpabilidad en juicio, con sentencia ejecutoriada.

No se trata de someter al imputado a una condena anticipada, sino únicamente de detenerlo con el objeto de garantizar su presencia en el juicio, (Art. 237 238 segunda parte del CPP; Art. 23, Art. 116 par. I CPE).

La duración de la Detención Preventiva no excederá el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga (Art. 239 inc. 2 CPP.) ni tampoco el plazo de dieciocho meses, sin que se haya dictado sentencia o de veinticuatro meses sin que la sentencia hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada (Art. 239 inc.

3 CPP.). Si transcurren los plazos, el juez tiene la obligación de otorgar la libertad al detenido preventivo, pues no tiene fundamentos legales para mantenerlo preso.

La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla, cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada, dado que a pesar de la presunción, se está privando de libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados”.³⁷

Otra consecuencia grave de una detención preventiva prolongada, es que puede afectar el derecho a la defensa, porque en algunos casos aumenta la dificultad del acusado para organizar su defensa. A medida que transcurre el tiempo, aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado, para presentar pruebas y contra argumentos.

Disminuye la posibilidad de convocar a testigos y se debilitan dichos contra argumentos.”³⁸

2.1.7. CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

La Detención Preventiva debe cesar:

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso 11.245

³⁸ (Comisión Interamericana de DD.HH. Caso 11.246).

Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida;

Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga; y

Cuando su duración exceda de dieciocho meses sin que se haya dictado sentencia o de veinticuatro meses sin que ésta hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada (Art. 239 CPP;)

En los casos de cesación de la detención preventiva, el juez del proceso tiene que levantar la orden de detención, sin más trámite, y otorgar mandamiento de libertad al imputado de oficio, en el plazo de veinticuatro horas desde que tomó conocimiento de la violación al régimen legal. Ya no existe fundamento legal para detener al ciudadano y, por el contrario, mantenerlo detenido implicaría una violación de sus derechos. Para expedir el mandamiento de libertad en virtud a los requisitos del art. 239 CPP, no manda convocar a Audiencia, más en la práctica esto se está dando (Art. 7; Art. 128, 129 inc. 7, Art. 238, II; 239, 240 CPP.).

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

La primera posición defiende la teoría que, de darse los supuestos del artículo 239 CPP, para el cese de la detención preventiva y por lo tanto, el juez impusiera como Medida Sustitutiva una fianza económica o real, que el imputado no pudiera honrar, esto último no evitaría que el imputado obtuviera su libertad.

El supuesto del art. 245 CPP. que manda que “la libertad sólo se hará efectiva luego de otorgada la fianza”, tendría validez únicamente mientras la detención preventiva es legal, pero no luego de vencidos los plazos absolutos dispuestos por el art. 239 CPP, pues ya no existirían los fundamentos legales para detener a la persona. Esta misma corriente sostiene, que el art. 245 CPP. no puede extender el plazo máximo absoluto de la detención preventiva, lo que constituiría en una burla a, lo establecido por el artículo 239 CPP coincido plenamente con esta posición que es la correcta y la forma en que debe ser interpretada la norma, caso contrario, existiría contradicción entre los artículos 239 y 245 del Código de Procedimiento Penal, hecho que no existe. Reitero que el artículo 245 es válido mientras la detención es legal, más de ninguna manera si la detención preventiva deviene ilegal porque ya transcurrieron los plazos absolutos del 239 CPP., donde incluso la libertad del injustamente detenido debe darse de oficio por los jueces.

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

Al presentarse esta consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales, falló en el sentido de la segunda posición, lo que sienta jurisprudencia en el país y la hace obligatoria en tanto no exista otra jurisprudencia en contrario.³⁹

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

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

Medidas Sustitutivas.- Realmente el vocablo correcta debiera haber sido el de medidas alternativas.

No cabe imponer medidas sustitutivas a la persona que sale en libertad en virtud al inc. 1) del art. 239 CPP., es decir, si nuevos elementos de juicio demuestran que no existen los motivos que fundaron la detención preventiva, pues al no existir fundamento para la imposición de la detención preventiva, tampoco lo existe para la imposición de las medidas sustitutivas. En los casos de los vencimientos de los plazos (incisos 2 y 3) del art. 239 CPP., sólo cabe

³⁹www.tribunalconstitucional.gov.bo SSCC 688/00

imponer Medidas Sustitutivas de posible cumplimiento, si persistiera el peligro de fuga del lugar del hecho o el de obstaculización del proceso.

Si el juez, a pesar de existir los requisitos para la cesación de la detención preventiva, no quisiera otorgar el mandamiento de libertad o lo retardara ex profeso, el defensor del imputado tiene el derecho de interponer un recurso de Acción de Libertad ante la instancia judicial, en virtud del Art. 125 de la CPE, independientemente de la responsabilidad disciplinaria y penal a la que se expone el juez por retardación de justicia (Art. 135 CPP).

Las Medidas Sustitutivas a la detención preventiva sólo pueden imponerse si concurren los siguientes requisitos:

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

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

No es necesario imponer primeramente la Detención Preventiva para poder pasar a las sustitutivas. La Medida Sustitutiva puede ordenarse directamente.

A pesar que el fiscal solicite al juez cautelar la Detención Preventiva de un imputado, el juez puede imponerle de oficio Medidas Sustitutivas por ser menos lesivas.

Lógicamente tendrán que concurrir los requisitos para la procedencia de las Medidas Sustitutivas. El auto que imponga una Medida Cautelar o la rechace, podrá ser revocado o modificado en cualquier momento del proceso, aún de oficio (Art. 7, 239, 221, 222, 250 CPP.).

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

2.2. LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO MAXIMA MEDIDA CAUTELAR

2.2.1. REQUISITOS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA SEGÚN EL NUEVO RÉGIMEN CAUTELAR.-

El art. 7 del Código de Procedimiento Penal señala: (Aplicación de Medidas Cautelares y Restrictivas) la Aplicación de Medidas Cautelares establecidas en éste Código serán excepcional. Cuando exista duda entre la aplicación de una Medida Cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.” Esta

disposición, entre otros principios y garantías se refiere a la condición de inocente del imputado en tanto una Sentencia condenatoria ejecutoriada no destruya esa condición y al principio “indubio pro reo”.

La Detención Preventiva de personas, debe ser de aplicación excepcional y no así una regla que vulnere derechos y garantías individuales. Si una persona habiendo sido aprehendida o incluso detenida preventivamente es puesta en libertad esta podrá estar subordinada a medidas que aseguren la comparecencia del acusado a las actuaciones procesales, o las diligencias correspondientes y, en su caso, para la ejecución del fallo, se trata del establecimiento de equilibrio entre los intereses de una persecución penal eficiente y los derechos individuales, que en cada causa penal se presenta objetivamente, corresponde al juez velar por la vigencia necesaria de ese equilibrio propio de un sistema democrático.

Una consideración importantísima de estas garantías, es que una persona privada de su libertad por detención o prisión tiene todo el derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que esta instancia en aplicación del principio de celeridad decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la misma fuera ilegal. En este ámbito el accionar del Tribunal Constitucional ha sido tan vital e importante que no sólo ha generado una nueva jurisprudencia, que es uniforme y tiene carácter vinculante, sino que se ha pronunciado oportunamente, en los plazos y términos legales. Conviene recordar que antes de la vigencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional creado en la reforma constitucional de 1995, una revisión de fallos emergentes de recursos de habeas Corpus o amparo demoraba como promedio ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación 12 meses.

La persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación por el daño causado. Asimismo en caso que una persona esté privada de su libertad deberá ser tratada humanamente y con el debido respeto a su dignidad personal. En este ámbito el Tribunal Constitucional en uso de sus específicas funciones ha ejercido también una línea de influencia altamente positiva y constructiva en la consolidación de la Reforma Procesal Penal.

Precisamente, la regulación contenida en el Libro V de la Ley 1970, referida a las Medidas Cautelares establece la finalidad, alcances, requisitos, formas de solicitud y resolución de otorgar Medidas Restrictivas de derechos de la persona humana.

La aplicación de una Medida Cautelar de carácter personal procede, en los delitos de acción Penal Pública o Privada y a instancia de parte, a pedido fundamentado de parte, es decir el Juez o Tribunal no puede imponerla de oficio.

En los delitos de acción Penal Pública además de la solicitud fundamentada el fiscal debe acompañar la imputación formal. Cuyo contenido es útil para acreditar el primer requisito de procedencia de una Medida Cautelar, pues al ser una resolución escrita y fundamentada que individualiza al o los partícipes del delito y que concretiza el hecho (calificación del delito) de la persecución penal, señala el dato sobre la improcedencia de la detención preventiva, por ejemplo si el delito atribuido tiene pena inferior a los tres años de privación de libertad.

La Detención Preventiva es la medida más fuerte que se puede imponer y sólo procede cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Se establece como primer requisito para la consideración de la procedencia de la Detención Preventiva: que el delito de orden público formalmente imputado contemple pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea superior a tres años.
- Además de que la calificación del hecho establezca la procedencia de la Detención Preventiva, deben concurrir los siguientes requisitos: la existencia de suficientes elementos de convicción para sostener que el imputado es, con probabilidad autor o partícipe de un hecho punible y que existen elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad (arts. 233 y 234 del CPP).
- La decisión sobre la aplicación de la Detención Preventiva debe ser motivada, es decir, resuelta a través de un Auto motivado expreso, revisable aún de oficio, susceptible de impugnación y sólo procede cuando se cumplen los requisitos establecidos y exista un pedido formal de parte al respecto (arts. 240, 234, 251 y 252 CPP).

En resumen, la Detención Preventiva procederá una vez que se haya planteado la imputación formal, exista solicitud formal expresa y se hayan establecido mediante elementos suficientes de convicción el riesgo de fuga u obstaculización de la verdad.

2.3. FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

Existen dos clases de Medidas Cautelares; las de carácter personal y las de carácter real.

Las medidas cautelares de carácter personal, tienen como finalidad asegurar la presencia del imputado en el juicio y evitar que obstaculice la averiguación de la verdad (Arts. 221 par. I y III, 225, 226, 227, 231, 233 inc.2, 240 del Código de Procedimiento Penal).

Las Medidas Cautelares de carácter real tienen como finalidad garantizar la reparación del daño y el pago de costas o multas. (Art. 252 par. I). Las Medidas Cautelares sobre bienes sujetos a confiscación o decomiso tienen como finalidad asegurar que dichos bienes queden a efectos de prueba en el proceso. (Art. 54 inc. 7 y Art. 253 Código de Procedimiento Penal).

“La coerción personal es una limitación a la libertad física de la persona; la coerción real importa una restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio. Ambas tienen en común la finalidad de garantizar la consecución de los fines del proceso y pueden afectar... al imputado o a terceros.”⁴⁰

Nuestro Código de Procedimiento Penal reconoce entre las Medidas Cautelares de carácter personal el arresto (Art. 225 CPP), la aprehensión (Art. 226, 227,

⁴⁰ José I. Cafferata Nores. Medidas de Coerción en El Nuevo Código de Procedimiento Penal. Edic. De Palma, Bs.As. 1992, p. 4)

229 CPP), la incomunicación (Art. 231 CPP), la Detención Preventiva (Art. 232 al 239 CPP) así como las Medidas Sustitutivas a la Detención Preventiva enumeradas en el Art. 240 CPP. Tanto la presentación espontánea como la citación no son medidas cautelares propiamente dichas, sino más bien medidas preventivas. La presentación espontánea (Art. 223 CPP) como medida preventiva, y la citación trae como consecuencia, en caso que el imputado no se presenta a la misma, que se libre en su contra un mandamiento de aprehensión. (Art. 224 CPP.).

2.3.1. LA PRESENTACIÓN ESPONTÁNEA.

(Art. 223 CPP) no es una Medida Cautelar propiamente dicha sino más bien debe considerársele como una Medida Preventiva.

2.3.2. LA CITACIÓN.

Trae como consecuencia, si el imputado no se presenta a la misma, que se libre en su contra un mandamiento de aprehensión. (Art. 224 CPP). Si se tratara por ejemplo de un delito con pena inferior a dos años, donde no pudiera ordenarse la aprehensión de una persona que no concurre a la citación, entonces el fiscal debe solicitarle a juez que lo declare rebelde.

El juez o tribunal previa constatación de la incomparecencia a la citación, declarará la rebeldía mediante resolución fundamentada, expidiendo mandamiento de aprehensión. (Art. 87,89 CPP.)⁴¹.

⁴¹ SILVIA BARONA VILAR, Medidas Cautelares penales en el nuevo proceso Penal Boliviano Pag. 62

2.3.3. EL ARRESTO.

Es la privación de libertad de un ciudadano, que puede ser ordenado por el Fiscal o la Policía. El arresto debe aplicarse como última opción, únicamente de ser esto necesario.

Deben existir algunas circunstancias para que se pueda arrestar a un ciudadano como:

Cuando sea imposible individualizar a los autores, partícipes y testigos del hecho y cuando se deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación,

En esos casos, la policía o el fiscal dispondrán:

Que los presentes no se alejen del lugar, No se comuniquen entre sí antes de informar, No se modifique el estado de las cosas y de los lugares.

Si todo esto no fuera posible porque los presentes incumplen las directrices impartidas, es que recién se ordena el arresto de los presentes y puede conducirlos a las dependencias de la policía técnica para efecto de tomarles sus generales de ley o incluso su manifestación, en presencia de su abogado defensor. (Art. 7, Art. 74, Art. 221, 222, 225 CPP.; Art. 23, I CPE; Art. 122 CPE).

El plazo de arresto no puede en ningún caso exceder el máximo de ocho horas y la policía deberá comunicar este hecho a la fiscalía. (Art. 225 CPP.; Art. 23 I

CPE). Si la persona no es puesta a disposición fiscal y permanece en sede policial por más de ocho horas, puede interponer un recurso de Acción de Libertad ante la Corte Superior de Distrito o ante cualquier juez de instrucción (Art. 125 CPE).

Es importante aclarar que la citación no es requisito previo para la aprehensión de un imputado. Basta que se configuren los requisitos de la aprehensión para que ésta pueda ordenarse, tanto por el fiscal o en los casos de flagrancia donde policía y particulares pueden hacerlo. Esto significa que los artículos 224 y 226 no son concurrentes y no dependen uno del otro. (Art. 226, 227 y 229 CPP).⁴²

Hasta antes del cumplimiento de las ocho horas, la policía está facultada también a otorgarle su libertad al arrestado pero ni ella ni la fiscalía pueden otorgarles su libertad a las personas legalmente aprehendidas, pues ésta es potestad únicamente de los jueces.

2.3.4. LA APREHENSIÓN,

Es la privación de libertad de corta duración de un ciudadano, ordenada por el fiscal o el juez y efectivizada por la policía y en otros casos también por particulares.

La policía y los particulares pueden aprehender a un ciudadano, sin necesitar orden fiscal en los casos de flagrancia, es decir, cuando el autor es sorprendido

⁴² SILVIA BARONA VILAR, Medidas Cautelares penales en el nuevo proceso Penal Boliviano Pag. 64, 65 y 66

en el momento de intentar el hecho delictivo, de cometerlo o inmediatamente después y mientras es perseguido.

La Flagrancia, es la prueba más directa del delito. Para proceder a la detención del sujeto sorprendido in fraganti, se autoriza incluso a proceder al allanamiento de un local sin orden judicial, cuando el delito que habría cometido fuese grave. (Arts. 180, 229 y 230 CPP.).⁴³

Para que el fiscal pueda ordenar la aprehensión de un ciudadano deben concurrir las siguientes circunstancias

Que existan suficientes indicios que, es autor o partícipe de un delito de acción pública sancionado con pena privativa de libertad cuyo mínimo legal sea igual o superior a dos años

Que pueda ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar del hecho u obstaculizar la averiguación de la verdad.

La persona aprehendida por el fiscal, será puesta a disposición del juez, en el plazo máximo de veinticuatro horas contadas a partir de su privación de libertad, para que resuelva, dentro de las siguientes veinticuatro horas, sobre la legalidad de la aprehensión, la aplicación de alguna Medida Cautelar o decrete su libertad por falta de indicios. En todo caso, el imputado puede apelar la decisión que dispone su Detención Preventiva. (Art. 130, 226, II; Art. 251 CPP).

⁴³ CECILIA POMAREDA DE ROSENAUER, Código de Procedimiento Penal pag. 88.

2.3.5. LA INCOMUNICACIÓN.

Considerar a un aprehendido violento o peligroso, por el hecho delictivo que se le atribuye, no justifica de ningún modo su incomunicación, así como tampoco su Detención Preventiva. La incomunicación como regla, ya no puede imponerse. Sólo cabe incomunicar a una persona en forma excepcional. Se tendrán que respetar los requisitos siguientes:

La incomunicación será dispuesta por el fiscal encargado de la investigación sólo en los casos de notoria gravedad, cuando existan motivos que hagan temer que el imputado de otra forma obstaculizará la averiguación de la verdad;

Se fundará en los motivos señalados en el Art. 235 CPP y esté de acuerdo con los criterios señalados en los Arts. 7, 221, 222 CPP;

Tendrán que estar cumplidos los requisitos para la aprehensión, el arresto o la Detención Preventiva;

La incomunicación será comunicada inmediatamente al juez de la instrucción para que ratifique o deje sin efecto la incomunicación;

En ningún caso la incomunicación excederá el plazo de 24 horas;

La incomunicación no impide que el imputado sea asistido por su abogado defensor antes de la realización de cualquier acto que requiera su intervención personal (Art. 84 2da. y 3ra. parte, 231, I; Art. 73 II 119 CPE).

Se permitirá al incomunicado el uso de libros y material de escribir. Podrá también realizar actos civiles impostergables siempre que no perjudiquen la investigación. (Art. 231 última parte, Art. 73 II CPE)

De otro lado, si por ejemplo no hubiera persona aprehendida porque ésta se dio a la fuga o no es habida, también puede solicitarse la imposición de Medida Cautelar ante el juez instructor y recién luego de ser detenida esta persona, convocar a una audiencia para escuchar lo que tiene que decir.

2.3.6. LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

Los requisitos para la Detención Preventiva son concurrentes, y los siguientes:
Se debe tratar de un delito de acción pública (Art. 232 inc. 1, Art. 20 CPP.) que tenga prevista pena privativa de libertad (Art. 232 inc. 2 CPP.) cuyo máximo legal sea tres años o más (Art. 232 inc. 3 CPP.);

Se debe haber realizado previamente la imputación formal, es decir, debe existir pedido fundamentado de parte (fiscal o del querellante Art. 233, 302 CPP.);

Deben existir elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es con probabilidad autor o partícipe de un hecho punible (Art. 233 CPP.);

Deben existir elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá a juicio (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad. (Art. 233 CPP.); ⁴⁴

No debe existir otra Medida Cautelar mas favorable al imputado, que sea suficiente para asegurar que el mismo se someterá a juicio y se abstendrá de obstaculizar la averiguación de la verdad (Art. 7, 221, 222 CPP.);

Tal como lo dice el art. 233 CPP., uno de los requisitos para imponer la Detención Preventiva implica ser “con probabilidad autor o partícipe” del hecho punible.

Es importante conocer el sentido estricto de la palabra “probabilidad”, para poder saber si la persona puede ser considerada sospechosa o no.

Probabilidad significa, que existan suficientes indicios que lleven al fiscal a la convicción de vincular directamente al imputado con los hechos delictivos. No se trata de especulaciones ni de sospechas, sino de indicios claros que se puedan presentar como pruebas y que relacionen al imputado con el delito.

⁴⁴ CECILIA POMAREDA DE ROSENAUER, Código de procedimiento Penal, materiales y experiencias de talleres de capacitación, pag. 91-92

Con relación al peligro de fuga o de obstaculización del proceso, es importante tomar en cuenta las siguientes circunstancias:

Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;

Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;

La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso.

La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga y.

El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo. (Art. 234 CPP.).

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

Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; e. Influirá negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos para beneficiarse. (Art. 235 CPP.).

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

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

La Detención Preventiva no la ordena el juez de oficio, sino siempre a pedido debidamente fundamentado de parte (fiscal o querellante).

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

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

En caso que las solicitudes de detención preventiva no estén suficientemente fundamentadas por el fiscal -quien como parte acusadora tiene esta obligación el juez instructor debe rechazarlas.

También puede solicitarse la aplicación de Medidas Cautelares cuando el imputado ya ha fugado. En estos casos el fiscal imputa formalmente (según los requisitos del Art. 302) y fundamenta su pedido de Detención Preventiva ante el Juez Instructor.

El Juez, dispondrá la Medidas Cautelar y ordenará se proceda a la captura del imputado, expidiendo al efecto mandamiento de aprehensión, mediante resolución fundamentada. Con posterioridad a su captura debe solicitarse una audiencia cautelar, con el objeto de poder escuchar al aprehendido pues entre las garantías procesales está la del derecho que tiene el imputado es a ser oído.

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

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

La imposición de Medidas Cautelares no debe volverse un trámite mecanizado por parte de los jueces y su solicitud tampoco debe serlo de parte de los

fiscales. Cada caso y circunstancia son distintos y personalísimos y en ese mismo sentido y contexto deben analizarse.

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

Para efectos de ordenar la Detención Preventiva, el tipo de delito no es requisito para su interposición. La detención preventiva únicamente puede imponerse, si existe el peligro de fuga del lugar del hecho u obstaculización del proceso. Si como se dijera anteriormente, estos presupuestos no se dan, es ilegal decretar la detención de la persona aprehendida.⁴⁵

“55. La seriedad de la infracción y la severidad de la pena, son elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el riesgo de que la persona acusada se evada de la justicia. La privación de libertad sin sentencia sin embargo, no debiera estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido ha sido acusado de un delito particularmente objetable desde el punto de vista de la sociedad. La adopción de una Medida Cautelar Privativa de Libertad, no debe convertirse así en un sustituto de la pena en prisión.”⁴⁶

No puede expedirse ninguna orden de Detención Preventiva contra el aprehendido, basada en el hecho que no declare o no ayude a aclarar las

⁴⁵ ALBERTO J. MORALES VARGAS, Guía de actuaciones para la aplicación del Nuevo código de Procedimiento Penal GTZ. Pag. 127

⁴⁶ (Comisión Interamericana de DD.HH. Caso 11.778).

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

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

Los actos Procesales Cautelares no son una manifestación de la potestad punitiva del Estado, pues esto impide el derecho a la presunción de inocencia que tiene todo ciudadano. (Art. 116 I CPE).

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

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

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

El detenido preventivo tiene que ser internado en establecimientos especiales o al menos en secciones separadas de los condenados, tal como lo manda la ley, y deberá ser en todo momento tratado como inocente, mientras no se declare su culpabilidad en juicio, con sentencia ejecutoriada. No se trata de someter al imputado a una condena anticipada, sino únicamente de detenerlo con el objeto de garantizar su presencia en el juicio. (Art. 237 CPP; Art. 6, I; Art. 116 CPE.

La duración de la detención preventiva no excederá el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga (Art. 239 inc. 2 CPP.) ni tampoco el plazo de dieciocho meses, sin que se haya dictado sentencia o de veinticuatro meses sin que la sentencia hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada (Art. 239 inc. 3 CPP.). Si transcurren los plazos, el juez tiene la obligación de otorgar la libertad al detenido preventivo⁴⁷, pues no tiene fundamentos legales para mantenerlo preso.

La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla, cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada, dado que a pesar de la presunción, se está privando de libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados”.⁴⁸

⁴⁷ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE BOLIVIA, Ley No. 1970 de fecha 25 de marzo de 1999

⁴⁸ (Comisión Interamericana de DD.HH. Caso 11.245).

Otra consecuencia grave de una detención preventiva prolongada es que puede afectar el derecho a la defensa, porque en algunos casos aumenta la dificultad del acusado para organizar su defensa. A medida que transcurre el tiempo, aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado, para presentar pruebas y contra argumentos. Disminuye la posibilidad de convocar a testigos y se debilitan dichos contra argumentos.”⁴⁹

2.3.7 SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 245 (EFECTIVIDAD DE LA LIBERTAD).

En los casos en que se den los supuestos de cesación de la detención preventiva del artículo 239 CPP., existían dos posiciones opuestas sobre su interpretación.

La primera posición defiende la teoría, que de darse los supuestos del artículo 239 CPP., para el cese de la detención preventiva y por tanto, el juez impusiera como medida sustitutiva una fianza económica o real, que el imputado no pudiera honrar, este último no evitaría que el imputado obtuviera su libertad. Pues caso contrario, existiría contradicción entre los artículos 239 y 245 del Código de Procedimiento Penal, hecho que no existe. Reitero que el artículo 245 CPP. es válido mientras la detención es legal, más de ninguna manera si la Detención Preventiva deviene ilegal porque ya transcurrieron los plazos absolutos del 239 CPP., donde incluso la libertad del injustamente detenido debe darse de oficio por los jueces.

⁴⁹ (Comisión Interamericana de DD.HH. Caso 18.258).

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

Al presentarse esta consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales, falló en el sentido de la segunda posición, lo que sienta jurisprudencia en el país y la hace obligatoria en tanto no exista otra jurisprudencia en contrario. (Sentencia Constitucional 688/00).⁵⁰

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

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

2.4. PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN

Entre los presupuestos para su aplicación, tenemos presupuestos, tanto formales como materiales.

⁵⁰ www.tribunalconstitucional.gov.bo

Entre los presupuestos **formales** tenemos la competencia, la resolución y el carácter revocatorio de la Medida Cautelar.

La competencia tiene que ver con la legitimación de quien ordena una Medida Cautelar, que en nuestro caso corresponde al Juez Instructor o en su caso al Tribunal de Apelación como lo disponen los Arts. 221, 223 y 226 del Código de Procedimiento Penal.

También es necesario hacer notar, que obviamente la competencia del Juez de Instrucción está determinada por la competencia territorial, siendo determinante el lugar de la comisión del delito, o el lugar donde se produzca el resultado o en los supuestos determinados por el Art. 49 del Código del Procedimiento Penal.

Este es un aspecto interesante que plantea nuestra Legislación Procesal Penal, referida al caso de que un Juez incompetente aplique sin competencia una Medida Cautelar, se respeta esa decisión “a prevención” y esta decisión debe ser reconocida como legítima, no obstante su carácter de incompetente, aspecto que lo encontramos en el último párrafo del Art. 49, ya referido, cuando señala: Que los Actos del Juez incompetente por razón de territorio mantendrán validez sin perjuicio de las modificaciones que pueda realizar el Juez competente”.

La resolución que corresponda debe estar revestida en forma de Auto y debe ser debidamente fundamentada, lo que constituye una garantía para el cautelado. Del mismo modo, deberán ser consignados los datos personales del imputado, contadas las formalidades establecidas por Ley, o sea, deben figurar

la fecha de nacimiento, lugar, año, nombre y apellidos, nacionalidad, domicilio procesal, el hecho presumiblemente cometido y la calificación Jurídica Provisional y finalmente el lugar donde debe aplicarse la Medida Cautelar respecto al carácter revocatorio de la Medidas Cautelares la base jurídica la encontramos en Art. 25 del C. P.P., que establece:

Art. 250 CPP. (Carácter de las decisiones) “el auto que imponga una Medida Cautelar o la rechace es revocable o modificable aun de oficio”.

Esto significa que se puede modificar mediante el recurso de apelación dispuesto en el Art. 251 C. P. P. También existe la posibilidad de que el juez modifique o revoque la medida, pero solo cuando beneficie al imputado, no cuando agrave su situación, ya que lo contrario significaría la violación del principio de contradicción y de las garantías establecidas en la Constitución Política del Estado.

Los presupuestos materiales los encontramos en los Art. 126, 224, 233, 234, 240 y 247 CPP., referidos a los suficientes indicios que deben existir de que la persona es autor o participe de un delito, al peligro de fuga, al incumplimiento a las citaciones y a las causales de revocación, cuando el imputado incumpla cualquiera de las obligaciones impuestas o cuando se compruebe que el imputado realice actos preparatorios de fuga o de obstaculización en la averiguación de la verdad de los cuales ya nos hemos ocupado anteriormente in extenso.⁵¹

⁵¹ REGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES, Cesar Suarez Saavedra pag. 48-49

2.5 CÓMPUTO Y DURACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

La Detención Preventiva se computa desde el momento que se hace efectiva y esta debería mantenerse durante toda la tramitación de la causa, garantizando la efectividad del desarrollo del proceso, pese a ello, pueden concurrir ciertas circunstancias que lleven a poner fin a esta situación, por lo que el legislador ha previsto tres causales de cesación de la detención preventiva señaladas en el Art. 239 del Código de Procedimiento Penal, que señala:

1.- Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida.

2.- Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga; y.

3 cuando su duración exceda de dieciocho meses sin que se haya dictado sentencia o de veinticuatro meses sin que esta hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada.

Unas ves sean vencidas estos plazos de duración de detención preventiva a que se refieren los Num. 2 y 3 del Art. 239 C.P.P, el imputado deberá cesar su privación de libertad produciéndose una sustitución con alguna de las Medidas Cautelares Sustitutivas de aquella a que se refiere el Art. 240 C.P.P.

En Bolivia el cómputo o abono de la Detención Preventiva se regula por el Art 73 del Código Penal, que a la letra señala:

Art. 73.- (Computo de la Detención Preventiva). El tiempo de la Detención Preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de libertad a razón de un día de detención por un día de presidio, de reclusión o de prestación de trabajo.

Si la pena fuera de multa, a razón de un día de detención por tres Días de multa.

El computo de la privación de libertad se practicara tomando en cuenta incluso la detención sufrida por el condenado desde el día de su detención, a un en sede policial

2.6 MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

2.6.1. MEDIDAS SUSTITUTIVAS.-

Realmente el vocablo correcto, debería haber sido el de Medidas Alternativas. No cabe imponer Medidas Sustitutivas a la persona que sale en libertad en virtud al inc. 1) del art. 239 CPP., es decir, si nuevos elementos de juicio demuestran que no existen los motivos que fundaron la detención preventiva, pues al no existir fundamento para la imposición de la detención preventiva, tampoco lo existe para la imposición de las Medidas Sustitutivas. En los casos

de los vencimientos de los plazos (incisos 2 y 3) del art. 239 CPP., sólo cabe imponer Medidas Sustitutivas de posible cumplimiento, si persistiera el peligro de fuga del lugar del hecho o el de obstaculización del proceso.

Si el juez, a pesar de existir los requisitos para la cesación de la Detención Preventiva, no quisiera otorgar el mandamiento de libertad o lo retardara ex profeso, el defensor del imputado tiene el derecho de interponer un recurso de Acción de Libertad ante la instancia judicial competente, en virtud del Art. 125 de la CPE, independientemente de la responsabilidad disciplinaria y penal a la que se expone el juez por retardación de justicia (Art. 135 CPP).

Las Medidas Sustitutivas a la Detención Preventiva sólo pueden imponerse si concurren los siguientes requisitos:

Que sea improcedente la Detención Preventiva o cuando exista duda en la necesidad de disponer la Detención Preventiva y se busque una medida menos lesiva (Art. 7 CPP.) y, Que exista peligro de fuga o de obstaculización del procedimiento (Art. 240 CPP.).

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

No es necesario imponer primeramente la Detención Preventiva para poder pasar a las sustitutivas. La Medida Sustitutiva puede ordenarse directamente.

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

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

2.6.2. LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA DETENCIÓN PREVENTIVA.-

La terminología utilizada por el legislador del Nuevo Código de Procedimiento Penal de Medidas Sustitutivas, para referirse ha:

- La detención domiciliaria;
- La presentación periódica;
- El arraigo nacional, local o del territorio que fije el juez;
- La prohibición de concurrir a determinados lugares;
- La prohibición de comunicarse con personas determinadas;
- La fianza: juratoria, personal o económica.

No resulta ser la más precisa pues sustituir es reemplazar una por otra, en el caso de improcedencia de la Detención Preventiva por que el delito no es de Acción Penal Pública, o siendo de este tipo no tiene asignada una pena

privativa de libertad igual o superior a tres años, aunque se haya establecido la probabilidad de participación del imputado y el riesgo de fuga o de obstaculización, no se sustituye la detención preventiva por otra medida por que sencillamente aquélla no se ha otorgado, no podría disponerse en ningún caso, por ello es que el término más adecuado es el de MEDIDA ALTERNATIVA A LA DETENCIÓN PREVENTIVA, pues alternativa significa “opción entre una u otra”, en el caso del ejemplo entre cualquiera de las medidas establecidas en el art. 240 CPP.

Remarco este comentario por que el término sustitutiva, dio lugar en la práctica forense a interpretaciones erradas, en el caso del ejemplo (improcedencia de la detención preventiva por la calificación del hecho) la persona aprehendida no era liberada sino hasta que imponga la fianza económica fijada por el juez, es decir operaba como una sustitución a la aprehensión.

Aún en el caso de que el delito sea de Acción Penal Pública, con pena igual o mayor a tres años, algunos jueces no imponían al aprehendido la Detención Preventiva, pero sí una fianza económica, más no se efectivizaba la libertad sino hasta que el monto fijado sea empozado, sin embargo no se sustituía la detención, que nunca fue dispuesta, sino la aprehensión.

La regulación del art. 245 de la Ley 1970 se refiere a la sustitución de la Detención Preventiva por la fianza económica. Cuando los jueces que han actuado manteniendo la aprehensión hasta que se empoce la fianza, lo que en realidad pretendían, según sus propias explicaciones, era viabilizar una Medida Alternativa a la Detención Preventiva no sustituirla y, en ese caso lo lógico era disponer el cese de la aprehensión es decir la libertad del imputado y señalarle

un plazo prudente para empozar la fianza, según otros jueces que han actuado así su intención era garantizar que se empoce la fianza antes de que el imputado recupere su libertad, en este caso debió primero imponerse la Detención Preventiva y luego calificar la fianza, para aplicar el art. 245 del Código de Procedimiento Penal.

Más allá de lo semántico, es preciso aclarar criterios de aplicación e interpretación de la Ley Procesal Penal, que tiene la virtud de ampliar las posibilidades de actuación de las partes y de decisión de los jueces.

2.6.3. TRÁMITE.-

En caso de delitos de Acción Penal Pública, el fiscal debe solicitar la aplicación de Medidas Cautelares mediante un requerimiento fundamentado, una vez que haya redactado la resolución de imputación formal que concretiza el objeto de la persecución penal al calificar el delito el hecho o delitos atribuidos individualizando al o los destinatarios de la persecución penal. La imputación formal no puede ser expuesta o dictada en audiencia de consideración de la Medida Cautelar. Al respecto el art. 302 del CPP es suficientemente claro.

Ahora bien, si la imputación formal además de contener los datos de identificación del imputado y de la víctima o su individualización más precisa, la descripción del o los hechos que se le imputan y su calificación provisional y la solicitud de Medidas Cautelares, debe señalar también el nombre y domicilio del defensor del imputado, si éste no se apersonó brindando estos datos, es lógico prever que la imputación formal se producirá una vez que se haya recepcionado

la declaración del imputado conforme las reglas establecidas en los arts. 92 al 98, inclusive.

No toda imputación formal debe necesariamente contener la solicitud de aplicación de Medidas Cautelares. Estas se solicitan si el fiscal está convencido de su procedencia y necesidad.

Sin embargo, si el fiscal a tiempo de formalizar la imputación no ha solicitado la aplicación de Medida Cautelar, pero luego por los datos que arroja el proceso de investigación reconoce su procedencia, puede solicitarlas en cualquier momento posterior a haber dispuesto la imputación formal.

La celebración de audiencia para la consideración de una Medida Cautelar no se halla expresamente establecida en la Ley 1970, sin embargo a partir de la vigencia del Instructivo 001/00 del Ministerio Público y de la Circular 21/00 de la E. Corte Suprema de Justicia de la Nación su práctica se ha impuesto facilitando la manifestación de garantías como la de defensa, el derecho a ser oído antes de cualquier decisión fundamental y cumpliendo los principios de inmediación y celeridad, sobre todo en el caso de personas aprehendidas. Sin embargo, si la persona no se halla aprehendida el Juez podrá resolver la solicitud del fiscal sin necesidad de celebrar audiencia.

En el caso de persona aprehendida, se han generado interesantes polémicas respecto a la presencia del imputado y su defensor. En el caso del imputado las discusiones han arribado fácilmente al consenso de que el imputado aprehendido sí debe ser presentado físicamente ante al Juez de Instrucción.

Respecto a la presencia del defensor, el consenso se ha generado básicamente sobre la obligación de notificación a éste para la audiencia, pero si no asiste ya las diferencias de opinión comienzan a aflorar, para un sector de los operadores debe igualmente celebrarse la audiencia por que no se trata de un acto del juicio, en el que expresamente se sanciona con nulidad la falta de asistencia de defensa técnica del imputado, para otros operadores no debería realizarse la audiencia sin defensor del imputado aprehendido, por que lo contrario significaría una grave limitación a sus derechos de defensa y una debilitación del principio contradictorio.

La solución de consenso generada entre los operadores tiene que ver también con razones prácticas y éstas se relacionan con el término de 24 horas en el que el Juez debe resolver la solicitud de Medidas Cautelares, si se halla dentro del término puede señalarse en las horas siguientes otra audiencia con expresa designación de defensor público o de oficio. Si no hay esta posibilidad determinada por el tiempo el juez debe resolver el pedido con las partes y sujetos presentes en sala. El mismo criterio sería aplicable al trámite de apelación sobre Medidas Cautelares.

El juez resuelve la solicitud a través de un auto motivado, se trata de una resolución fundamentada que valore no sólo los argumentos esgrimidos por las partes, sino también y sobre los elementos de convicción puestos en su conocimiento por las partes.

Esa resolución es revocable o modificable aún de oficio, por el principio de aplicación mínima restrictiva, por el mismo juez sólo a favor del imputado. También podrá revocarse o modificarse la decisión sobre medidas cautelares

para agravar o aliviar la situación personal del imputado a pedido expreso y fundamentado de parte.

Otro tema de apasionante discusión es, el relativo en el caso de delitos cuyo conocimiento corresponde a Tribunal de sentencia, a la competencia del Presidente del Tribunal para disponer, modificar o revocar Medidas Cautelares personales entre la radicatoría de la acusación y la celebración del juicio. El Código señala que es competente para conocer de las Medidas Cautelares el Juez o Tribunal del proceso, en el caso de la etapa preparatoria el juez de instrucción es el competente, en la etapa de juicio por delitos de acción privada o de acción pública de pena menor a cuatro años es el Juez de sentencia, ambos órganos jurisdiccionales unipersonales, es ante Tribunal de Sentencia donde se presentan problemas, pues el Presidente del Tribunal sólo tendría competencia para organizar el juicio oral, conformación del Tribunal incluida, sin embargo es probable que una persona acusada ante Tribunal a la que no se le ha impuesto Medida Cautelar prepare fuga o realice actos de obstaculización de la averiguación de la verdad ó por el contrario que hallándose detenida el término de su detención sea superior ya a dos años, mientras se organiza el juicio o las causales que han impuesto la medida cautelar han cesado o desaparecido.

Se ha convenido consensuadamente entre los operadores participantes del PRIMER CURSO DE INTRUCUTORES DEL CIRCUITO PROCESAL PENAL MODELO que el Presidente de Tribunal debería resolver los asuntos relativos a Medidas Cautelares personales entre la radicatoria de la acusación y la celebración de la audiencia de Juicio Oral.

En cualquier caso, sea en etapa preparatoria o de juicio, el auto que resuelve la solicitud de Medidas Cautelares es impugnabile, es decir recurrible en la vía incidental.

2.6.4. APELACIÓN.

El medio de impugnación que prevé la Ley 1970, contra el auto que imponga o rechace la aplicación de una Medida Cautelar es el de la apelación incidental, siendo el órgano judicial el competente para conocer del recurso de apelación incidental la Corte Superior de Distrito, en sus distintas salas penales, (arts. 51, 251, 403 CPP.). Se trata, sin embargo, de un recurso de trámite especial.

El término para la interposición de este recurso es de 72 horas, es decir que el plazo se computa de momento a momento. Interpuesto el recurso se remiten las actuaciones pertinentes a la R. Corte Superior de Distrito en el plazo de 24 horas.

Recibidas las actuaciones el Tribunal Superior Cautelar, éste señala audiencia dentro de los tres días siguientes, debiendo resolver en audiencia el recurso, sin trámite ulterior. No son aplicables por lo tanto las reglas procesales generales sobre apelación incidental establecidas en los arts. 404 al 406 CPP..⁵²

⁵² Régimen de Impugnación en el Sistema Acusatorio Oral Boliviano, Arturo Yañez Cortez, pag. 106.

2.7. VENTAJAS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN CASOS GRAVES.

Sin lugar a dudas, la Detención Preventiva es lo mas indicado cuando se presentan casos graves, por eso postulamos que debe considerarse la gravedad del delito como elemento para la aplicación de la detención preventiva en el Código de Procedimiento Penal, pues desde la Escuela Positiva del Derecho Penal siempre sea considerado la “peligrosidad” y la “temibilidad” del autor del delito para la aplicación de la pena. Efectivamente hay casos en los que se debe tratar con mayor rigurosidad, ya que incluso existen escalas de gravedad de los delitos, que atenten al bien jurídico protegido por el estado, por ejemplo la vida, tiene mayor relevancia jurídica que la propiedad.

Además, incluso los grandes criminólogos modernos que efectúan clasificaciones criminales mas complicadas y ajustadas al examen científico que las que se daban en un principio de las investigaciones criminologicas se refieren a “grados de maldad”, ya que obviamente existen sujetos activos del delito, que actúan causando mayor daño a la victima e impacto a la sociedad y desde luego merecen un trato mas severo respecto a la administración de justicia. Es el caso de los delitos contra la vida, contra la integridad física, contra el Estado, contra la Humanidad y libertad sexual que deberían ser considerados por el juzgador como más grave dañino y peligroso que otros delitos. Esta determinación, debe estar sujeta al libre arbitrio judicial, como en el caso de la fijación de la pena, a la que se refiere el Art. 37 del Código Penal.

En el desarrollo de la tesis se darán los parámetros necesarios, para efectuar la valoración sobre la gravedad del delito haciéndose necesario modificar el mínimo legal para acceder al beneficio de Medidas Cautelares.

CAPITULO III

VACÍOS Y DEFICIENCIAS EN NUESTRA LEGISLACIÓN

3.1. LAS MEDIDAS CAUTELARES SON DEMASIADO IRRESTRINGIDAS.

3.1.1. LA GRAVEDAD DEL HECHO DELICTIVO Y EL EFECTO INMEDIATO: LA REACCIÓN SOCIAL.

El comportamiento delictivo, tanto en épocas remotas y antiguas siempre ha existido, “el delito”, esas conductas antisociales que van en contra de las buenas costumbres del medio en el cual viven las personas, talvez esa misma conducta considerada delictiva para una determinada cultura, era buena o no tan mala para otra cultura, pero lo cierto es que ese grupo de personas se juntaban y determinaban que conducta van ha ser consideradas como delictivas.⁵³

El delito es un crimen, un acto u omisión que sancionan las Leyes Penales, se puede admitir que el delincuente es el protagonista del drama penal, pero a condición de que se reconozca también que hay otros primeros actores, el ofendido y la sociedad, pues si bien el delincuente pone en movimientos la acción, el ofendido y el Estado ponen la reacción transformadora en defensa, el delito y la pena no pueden ser desarrolladas sino mirando al delincuente.

⁵³ CODIGO PENAL, Carlos Morales Guillen comentado y concordado.

Vamos esfuerzos se han hecho para crear una noción filosófica del delito, independientemente del tiempo y lugar, tal situación se comprende con la única consideración de que el delito tiene sus raíces arraigadas en la realidades sociales y humanas que cambian según los pueblos sus culturas y épocas con el consiguiente cambio moral y jurídico – político, lo que si se puede afirmar es que el delito como tal, consiste en una negación del derecho o un ataque al orden jurídico⁵⁴ y esto mas que definirlo es incidir en una flagrante petición de principios; o bien que lo hace punible lo que desde luego la circunscribe a la sola actividad humana, con exclusión de otra cualquiera.

Teniendo como base estas nociones se mencionan algunas percepciones relacionados al tema de investigación.

El delito se encuentra íntimamente ligado con lo ilícito, es que uno de sus elementos esenciales es la antijuricidad en todo el devenir de la historia, sin embargo, ha tenido diferentes conceptualizaciones de acuerdo al pensamiento ideológico en determinado periodo de la historia, incluso en cada escuela penal, que según sus pensamientos, le daban un concepto singular, Es por tal razón que se conoce una noción formal del delito (que equivale a un concepto del mismo) y una noción material (que es su definición para su estudio)⁵⁵

La noción formal del delito, enseña que el delito es una conducta que se opone a lo que la ley manda, es decir la conducta que la ley prohíbe y la considera como delito. Aquí la noción del delito la suministra la ley, amenazando con una

⁵⁴ MANUAL DE DERECHO PENAL, Hormazabal – Terradillos – Bramont – Lorenzo Salgado Mazuelos – Silva Sanchez – Villavicencio – Bustos Harcia Belaunde – Cervini – Mir Puig. Pags.119-122

⁵⁵ DERECHO PENAL BOLIVANO Tomo I, Fernando Villamor Lucia

pena a quien incida en ella. La realidad objetiva del delito es la pena o sanción penal al infractor de la norma.

Edmundo Mezger da la definición más aceptada del delito, “Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable⁵⁶.

A esta definición se debe agregar que la consecuencia o efecto del delito es la sanción (pena o medida de seguridad), y justamente ésta definición es la que señala los de elementos constitutivos del delito que son: la acción, tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad.⁵⁷

La situación que interesa en la investigación es el actuar manifiestamente doloso de algunas personas al cometer un acto delictivo, que se traduce en lo que en la presente tesis se conoce también como hechos delictivos de gravedad, todo en merito a las formas de comisión, los medios empleados, el resultado de la misma como parte de los elementos del delito.

Gravedad del hecho Delictivo se define como una acción material de importancia relevancia y de responsabilidad típicamente antijurídica y culpable cuya consecuencia es la pena privativa de libertad de larga duración impuesta por autoridad legítimamente competente.

⁵⁶ DERECHO PENAL BOLIVIANO Tomo I, Fernando Villamar Lucia Pag. 61.

⁵⁷ DERECHO PENAL BOLIVIANO PARTE GENERAL TOMO I, Fernando Villamor Lucia, pag. 89-115

**3.2. SE CREA INSEGURIDAD CIUDADANA
AL PERMITIR QUE DELINCUENTES PELIGROSOS
Y PROFESIONALES ESTEN OPERANDO
IMPUNEMENTE AL CONCEDERLES LAS
MEDIDAS CAUTELARES IRRESTRINGIDAS.**

**3.2.1. GRAVEDAD EN LA COMISIÓN DEL HECHO
DELICTIVO.**

Gravedad en la comisión del hecho delictivo, es toda aquella conducta típicamente antijurídica y culpable que en la realización del acto se caracteriza por una especial intencionalidad, y donosidad de importancia con relación al peligro social que representa, siendo efecto inmediato de los mismos la aplicación de una medida excepcional que garantice que ninguna persona en sociedad vaya a sufrir un hecho criminal de idénticas características, siendo dicha medida la Detención Preventiva como la mas óptima en cuanto a su aplicación.

Como claro ejemplo de hechos delictivos graves se hacen mención solo algunos de los innumerables que se han generado a lo largo de toda Bolivia:

Uno de tantos hechos delictivos que estremeció a toda Bolivia, es el caso, de un violador en serie prontuario que confiesa el crimen de la niña Estefanía, una pequeña de ocho años de edad que fue brutalmente asesinada con diez y ocho puñaladas en la humanidad de la pequeña, luego de haber sido golpeada y

ultrajada vilmente, posteriormente fue arrojada a un basurero envuelta en bolsas. En este caso existe dolo sucesivo, puesto que en el delincuente existe esa voluntad de causar daño, ensañamiento con la víctima un deseo de causar el mayor daño posible, la somete a tormentos luego le quita la vida, previa investigación se determino que se trata de un abusador sexual en serie de tipo sádico, sus victimas oscilan entre seis y ocho añitos de edad es un “pedofilo de tipo psicópata violento” un persona acostumbrado a cometer delitos de esta naturaleza, la Policía informo que esta ligado a otros cuatro casos que se produjeron en la ciudad de la Paz, en solo tres meses del año dos mil cinco.

La mayoría de los hechos criminales son cometidos por delincuentes que tienen un abundante prontuario criminal, que acogidos a las Medidas Cautelares quedan en libertad y siguen delinquiriendo los mismo son observados por los fiscales, que realizan criticas a los (vacíos en las medidas cautelares). Los que indicaron que el Nuevo Código de Procedimiento Penal debe ser modificado de manera urgente lo relacionado en el acápite a las Medidas Cautelares, porque tienen vacíos en su aplicación y adolece de muchos limitantes para los operadores de justicia, otorgando una serie de indulgencias y facilidades a los delincuentes.

Cabe mencionar que existen también, casos en los que el hecho delictivo se constituye en un acto de actual peligro para la sociedad, no solo por la importante situación delictual en la que se encuentran todos los ciudadanos de la sociedad, sino también por la situación en la que se encuentra el sujeto activo del delito, es decir, quien ha cometido un delito al seguir libre, pues corre el riesgo de ser linchado por algunos ciudadanos al considerarlo ya culpable de un delito, y que imaginan que al entregar a la autoridad correspondiente, este saldrá pronto acogidos a una Medida Cautelar.

En general todo tipo delictivo tiene una importancia manifiesta con relación a la sociedad y el peligro que esta corre cuando se ha cometido un delito, pero la agravación de ciertos hechos delictivos tiene una importancia de mayor trascendencia por el inmediato peligro que genera para la sociedad. Estos hechos son en alguna manera descritos en el Código Sustantivo Penal, cuando se nos habla de la agravación de algunos hechos delictuales, tal el caso del asesinato, que en definitiva constituye una agravación del homicidio, o del robo. Que tiene su agravado, así, como de las conductas que tienen sus agravantes en un delito de violación, estos delitos con agravantes deben ser un fundamento suficiente para la aplicación de una Detención Preventiva como Medida Cautelar.

Cabe mencionar algunos casos, de los que se deben considerar como causales para la aplicación de la Detención Preventiva, son los siguientes:

La pena que se espera como resultado del proceso, es decir que si el máximo legal de privación de libertad previsto para un delito excede de diez años, procederá una Detención Preventiva como elementos condicionantes que:

El “Código de Procedimiento Penal tipo para América Latina” señala en cuanto a la aplicación de una Medida Cautelar fuerte; pero que por razones ilógicas y bajo el lema de ser un País garantista no se ha incorporado en el Ordenamiento Adjetivo Penal Boliviano, situación que hace inviable la verdadera protección que debe brindar el Estado a todos los ciudadanos.

Los casos de agravación de hecho previstos por el Código Penal, de los que ya se ha hablado, pues en estos casos, como una agravación en el delito de robo agravado, hacen que toda la sociedad se vea en condición de protección por parte del Estado y como posible víctima de la comisión de delitos de idéntica naturaleza.

El especial comportamiento demostrado por el imputado que denoten dolo manifiesto o ensañamiento en su conducta en relación con la víctima del delito. Tal el caso de la aplicación del dolo sucesivo por parte de un homicida en cuanto a su víctima, es decir, que la descuartice luego de matarla, situación que hace necesaria la valoración psicológica del delincuente y la detención en un centro psicológico por razones obvias.

En los delitos de contenido patrimonial, la existencia de víctimas múltiples, la repercusión social que esta haya generado. Es evidente que el estafar a varias personas y más aun contar con un monto apreciable en dinero como producto del delito hace que la persona que ha cometido el delito, si se encontrara en libertad puede en determinado momento volver a cometer el mismo hecho delictivo, perjudicando a la sociedad en su conjunto.

3.2.2. REACCIÓN SOCIAL FRENTE A LOS HECHO DELICTIVOS.

Debido a que en los últimos años, la delincuencia ha crecido de manera alarmante generando la desconfianza y la incredulidad de la ciudadanía en la Justicia Boliviana, quienes en reiteradas ocasiones manifiestan que la aplicación de las medidas cautelares son muy proteccionistas para el

delincuente, puesto que se ve con frecuencia que una persona que ha infringido la norma, con mucha facilidad se desliga de su responsabilidad acogiéndose a las Medidas Cautelares (alguna vez, con mucha razón comento el comandante de la policía en los diferentes medios de comunicación de que, la policía hacia esfuerzos para poner a disposición de la justicia a un delincuente, pero este tardaba más en entrar a juzgados que en salir, y para que con mayor ímpetu vuelve a delinquir).

Estos hechos hacen que la sociedad reacciones y actué ocasionalmente, de manera bárbaras y salvajes contra los antisociales e incluso contra personas inocentes a quienes consideran ya culpables de un determinado acto criminal y que pagan consecuencias sumamente dañinas que en muchos casos no les corresponden.

Tales protestas sociales se materializan con los frecuentes linchamientos en los cuales existen varios peligros, como la agresión hacia los operadores de justicia, o el acusar en forma errónea a una persona inocente y no solo lesionarla, sino quitarle la vida, además en muchísimas ocasiones queda impune este último delito, debido a que las responsabilidades se pierden en el tumulto.

Existe peligro para la justicia y peligro de la impunidad, porque el incitador o los que participaron en la agresión que a veces terminan en un asesinato se pierden entre la multitud, generalmente en estas situaciones la gente no permite el ingreso de la policía mucho menos de la Fiscalía, rechazo que a veces deriva en agresiones, extremos que llegan a actos delincuenciales olvidando que se vive en un Estado de derecho donde existen Leyes que se deben acatar, dichos

acontecimientos generan alarma a nivel social puesto que no se esperaban tales actitudes de la ciudadanía, no se puede hacer justicia por mano propia, con estas forma de actuar se estaría ingresando a un retroceso, dejando de lado todo lo que se ha obtenido luchando durante tanto años, es decir, la evolución del Derecho Procesal Penal, el respeto a los Derecho Humanos llegando finalmente a la solución de conflictos mediante un proceso, es decir otorgando plena competencia a un representante del Estado que se llama Juez el que somete a un juicio las controversias y resuelve con una sentencia de absolución o de condena, debiendo el Estado a su vez garantizar los derechos de los ciudadanos.

Un caso claro de las reacciones sociales: que refiere la prensa escrita “los vecinos de primero de mayo cometieron un crimen atroz” y que además tuvo consecuencias excesivas y dañinas. El que se dio en Cochabamba, donde un joven infortunado fue sometido a un tormento por varias horas, lo golpearon con palos, lo apedrearon, arrastraron hasta un árbol, donde fue amarrado torturado finalmente quemado vivo, por una muchedumbre feroz, realizado las respectivas investigaciones la FELCC comprobó que el joven linchado era un estudiante inocente, sin antecedentes policiales, que nada tenía que ver con el hecho del que fue sindicado.

Otro hecho que se suscito; en la ciudad de Santa Cruz, donde ni la presencia de la institución del orden pudo impedir este hecho delictivo (dos hombres fueron linchados en Yapancani) violencia los culparon de robar motos, los sacaron de sus casas a los supuestos ladrones que clamaban ser inocentes, los golpearon y fueron ahogados en una laguna, los familiares piden castigo para los autores de este lamentable suceso.

Son estos referentes mínimos de las reacciones sociales; los que en muchos casos no son dados a conocer, estas reacciones de la ciudadanía que toma justicia por mano propia, manifestando que el estado no ejerce la protección correspondiente de sus derechos, los mismos son duramente criticados, ya que en muchos casos los Fiscales llegan con posterioridad a determinar que las personas a las que ajustician resultan inocentes; sin embargo, aunque fueran culpables, merecen un juicio justo; Pero, el hecho trascendental es que la gente cansada de que delincuentes que en su mayoría tienen grandes prontuarios criminales queden en libertad por falta de elementos de convicción para poderlos procesar y siguen delinquirando sin respeto alguno, estas situaciones conducen a que la ciudadanía reacciones y actué con verdadero furor homicida en la mayoría de los casos convirtiéndose en lo que ellos mas odian, en delincuentes.

Las circunstancias referidas han causado problemas muy profundas qué existe la necesidad de contar con un elemento consistente en la gravedad del hecho delictivo la que debe ser considerada como causal suficiente para que el juez pueda determinar la aplicación de la Detención Preventiva como Medida Cautelar a personas que por sus características pueden causar daño irreparables a la ciudadanía en su conjunto; y de esta manera obtener la efectiva protección constitucional que debe existir para todos los miembros de la sociedad y que está garantizada por el Estado, las que deben ser efectivizadas a través de los órganos creadas para el efecto.

3.3. LA VICTIMA QUEDA EN INDEFENSIÓN Y NO SE LE SEGURA EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO CIVIL, MEDIANTE FIANZA REAL PARA EL PAGO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR EL DELITO.

Uno de los aspectos mas criticados de las Medidas Cautelares se refiere a que la victima queda en total indefensión y la justicia no le asegura el resarcimiento del daño civil causado por el delito, ya que en este nuevo sistema no existe la fianza real para asegurar la cancelación de los daños y perjuicios causados por el delito.

La fianza según el actual sistema, de conformidad al Art. 241 del Código de Procedimiento Penal, tiene por exclusiva finalidad asegurar que el imputado cumplirá las obligaciones que se le impongan y las ordenes del Juez o Tribunal.

La fianza económica señala dicho articulo, se fijara teniendo en cuenta la situación patrimonial del imputado, en ningún caso de fijara una fianza económico de imposible cumplimiento.

Por lo señalado se evidencia claramente que la fianza, sea juratoria, personal o real, solamente sirve prácticamente para la recaptura del imputado en caso de que no se presente ante el juez o tribunal pero en ningún caso, es para compensar a la victima por el daño sufrido como consecuencia del delito.

En el anterior Código de Procedimiento Penal, existía la fianza para garantizar el resarcimiento del daño civil causado a la víctima del delito y los imputados que habían sido detenidos preventivamente, solo podían alcanzar su libertad provisional, bajo fianza que garantice el pago del daño causado a la víctima.

Actualmente, ese sistema resultaría contraproducente, ya que ha cambiado la filosofía que se tenía sobre la Detención Preventiva, ya que anteriormente la Detención Preventiva era la norma y no la libertad del imputado. Por el contrario, actualmente, la norma es la libertad y la excepción es la Detención Preventiva, ya que esta ha llegado a ser una Institución Procesal penal execrable, sin embargo, es necesario encontrar un equilibrio, para no dejar a la víctima indefensa no asegurándole el pago de los daños y perjuicios causados por la comisión del hecho delictivo. Por este motivo, es aconsejable implementar en las medidas cautelares la fianza real, pero para asegurar el resarcimiento a la víctima y no solo la recaptura o presencia del imputado.

Mucho más, si se trata de delitos graves donde el daño causado, también es de consideración o afecta a víctimas múltiples o al Estado.

3.4. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL, PIERDE CREDIBILIDAD CON LA FORMA ACTUAL DE APLICAR LAS MEDIDAS CAUTELARES, LO QUE DA LUGAR A QUE LAS PERSONAS TOMEN LA JUSTICIA POR SU PROPIA MANO Y PROCEDAN A LOS LINCHAMIENTOS MISMOS QUE SE INCREMENTARON.

El impacto mas negativo, que la critica ve en las Medidas Cautelares, es el respecto a la libertad que alcanzan fácilmente delincuentes peligrosos y profesionales que son detenidos por la policía, pero que gracias a las Medidas Cautelares y restrictas o, ha que nadie se atreve a presentar la denuncia y seguir la acción penal, obtienen su pronta libertad, vez tras vez, consiguiendo de esta manera su impunidad, ya que interpretan estas facilidades que la Justicia Penal les brinda, como un permiso para delinquir impunemente.

Esta situación ha provocado la reacción de la sociedad que ha recurrido al linchamiento de los supuestos delincuentes, pues en muchos casos fueron linchadas personas inocentes, que fueron confundidos como antisociales.

Este problema, se ha generalizado en todo en país, aumentando año tras año, las estadísticas del los mismos y también la crueldad con la que se ejecuta estos hechos siniestros.

El año pasado, toda la Sociedad Boliviana fue conmovida con el linchamiento de once antisociales en la localidad de Achacachi, donde perdieron la vida dos de ellos a manos de la turba enardecida. Lo que más impactó a la sociedad, fue la crueldad de las torturas infringidas, ya que todos ellos rociados con gasolina se les prendió fuego, provocando el deceso de dos antisociales y graves quemaduras de primer grado en los demás implicados.

Estos luctuosos hechos, deben llamarnos profundamente a la reflexión pues son provocados por la falta de credibilidad que tiene actualmente la Administración de Justicia Penal, debida principalmente a las Medidas Cautelares e irrestrictas y al exceso de garantías proteccionistas para los sujetos activos del delito, en desmedro de la víctima y de la sociedad.

Por eso, surge la apremiante necesidad de realizar ajustes y modificaciones al actual régimen de Medidas Cautelares, haciéndolas más estrictas y sobre todo, tomando en cuenta la gravedad del delito para su otorgamiento.

3.5. NO SE CONSIDERA LA GRAVEDAD DEL DELITO COMO CAUSAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO UNA MEDIDA CAUTELAR DE CARÁCTER PERSONAL.

Por todo lo expuesto, el Nuevo Código de Procedimiento Penal, no toma en cuenta la gravedad del delito como causal para disponer la Detención Preventiva, en casos graves en los que el Juez, sin anticipar criterio y de acuerdo a la facultad discrecional que la Ley le otorga y la sana crítica propia del juzgador, pueda considerar si el hecho reviste la debida gravedad, para que proceda la Detención Preventiva, pues hasta las personas legas, aprecian la gravedad del delito y por eso critican a la Administración de Justicia, por disponer la libertad de los autores en casos graves. Aun mas los presupuestos de aplicación de esta medida cautelar, por parte de los jueces deberían atender a tres criterios fundamentales en los que estaría la gravedad del delito, los antecedentes penales y la peligrosidad del delincuente.

Para ponderar la concurrencia o no de la causal del peligro para la seguridad de la sociedad, dándole un carácter imperativo, a los que debía ceñirse el juez. Estos criterios restrictivos, para otorgar la libertad en pos de la defensa social y la seguridad de la ciudadanía, constituyen un instrumento de control social legítimo.

La protección de la seguridad de la sociedad, la asimilaríamos a evitar el peligro de fuga, esto es, a asegurar la comparecencia del imputado para permitir el correcto establecimiento de la verdad o la actuación de la ley penal⁵⁸, por que entre los criterios para aplicar esta causal, se señala la gravedad de la pena asignada, ya que a mayor gravedad del o los delitos, mayor es la posibilidad de fuga; el numero y carácter de estos delitos; los antecedentes del imputado, esto es, si ya ha tenido contacto con el sistema penal, que reflejan la capacidad del imputado de someterse a un proceso y por ende, respetar la obligación de comparecencia ante el juez.

Por eso, entre los requisitos para la Detención Preventiva, señalados por el Art. 233 del Código de Procedimiento Penal, debería aumentarse un artículo, referido a la consideración de la gravedad del delito, como causal para la determinación de la Detención Preventiva.

⁵⁸ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Citado por LOPEZ MASLE, Julian, en Derecho Procesal..p. 409.

CAPITULO IV

LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1. VENEZUELA.

4.1.1. CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL DE VENEZUELA, LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONALES.

Artículo 312. Estado de libertad toda persona a quien se le impute la participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, con las excepciones establecidas en este Código.

La privación de libertad es una medida cautelar, que solo procederá cuando las demás Medidas Cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso.

Artículo 313. Proporcionalidad. No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años.

Artículo 314. Limitaciones. No se podrá decretar la privación judicial preventiva de libertad de 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 estos casos, si es imprescindible alguna Medida Cautelar de carácter personal, se decretará la detención domiciliaria.

Artículo 315. Motivación. Las medidas de coerción personal sólo podrán ser decretadas conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada. Esta se ejecutará de modo que perjudique lo menos posible a los afectados.

Artículo 316. Interpretación restrictiva. Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente.

De la aprehensión por flagrancia.

Artículo 317. Definición. Para los efectos de este capítulo se tendrá como delito flagrante el que se este cometiendo o acaba de cometerse.

También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el imputado se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el. Mismo lugar

o cerca del lugar donde se cometió, con armas instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.

En estos casos, cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sorprendido siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo a la autoridad más cercana, sin perjuicio de lo dispuesto en la constitución de la Republica bolivariana de Venezuela y en las Constituciones estatales, en relación a los Senadores y diputados al Congreso de la republica y a los Diputados a las Asambleas Legislativas de los Estados, respectivamente.

Articulo 318. Procedimiento especial. En los casos de flagrancia se aplicara el Procedimiento Especial previsto en el titulo II del Libro Tercero.

De la privación Judicial preventiva de libertad.

Articulo 319. Requisitos para su procedencia. El juez de control, a solicitud del Ministerio Publico, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado siempre que se acredite la existencia de:

1. Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita;

2. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o participe en la comisión de un hecho punible;
3. Que la pena sea igual o mayor a diez años
4. Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso en particular, del peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto a un acto concreto de investigación.

En todo caso que el imputado sea aprehendido, deberá ser puesto a la orden del juez para que este 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 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.

Vencido este lapso sin que el fiscal haya presentado la acusación, el detenido quedará en libertad, mediante decisión del juez de control, quien podrá aplicarle una Medida Sustitutiva.

Artículo 320. Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La pena que podría llegarse a imponer en el caso;
3. La magnitud del daño causado;
4. 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.

Artículo 321. Peligro de obstaculización. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

1. Destruirá, ocultará o falsificara elementos de convicción;
2. Influirá para que coimputados, testigos o expertos, informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Artículo 262. Improcedencia. Cuando el delito materia del proceso 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.

Artículo 323. Auto de privación judicial preventiva de libertad. La privación judicial preventiva de libertad sólo podrá decretarse pro decisión debidamente fundada que deberá contener.

1. Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlos;
2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen;
3. La indicación de las razones por las cuales el tribunal estima que concurren en el caso los presupuestos a que se refieren los artículos.
4. La cita de las disposiciones legales aplicables.

Artículo 324. Información. Acerca del hecho que se le atribuye y de la autoridad que ha ordenado la medida o a cuya orden será puesto.

De las Medidas Cautelares Sustitutivas.

Artículo 325. Modalidades. Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser satisfechos, razonablemente, con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, alguna de las medidas siguientes:

1. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene;
2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informara regularmente al tribunal;

3. La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que él designe;
4. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares;
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
7. El abandono inmediato del domicilio si se trata de agresiones a mujeres o niños, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado;
8. La prestación de una caución económica adecuada, de no imposible cumplimiento, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, fianza de dos o más personas idóneas o garantías reales.

El tribunal ordenará lo necesario para garantizar el cumplimiento de las medidas a que se refieren los artículos precedentes. En ningún caso se utilizaran estas medidas desnaturalizando su finalidad, o se impondrán otras cuyo cumplimiento sea imposible. En especial, se evitara la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.

El imputado podrá solicitar la revocación o sustitución de la Medida Judicial de privación preventiva de libertad las veces que lo considere pertinente. En todo caso el juez deberá examinar la necesidad del mantenimiento de las Medidas

Cautelares cada tres meses, y cuando lo estime prudente las sustituirá por otras menos gravosas siempre que el caso amerite.

4.2. ESPAÑA

4.2.1. REGLAS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Art. 111. (Finalidad) A fin de garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el juez podrá ordenar Medidas Cautelares de carácter personal o de carácter real.

Su aplicación debe ser restrictiva.

Se prohíbe imponer Medidas Cautelares no previstas en este código.

Art. 112. (Clases). Las Medidas Cautelares de carácter personal son la detención y la prisión preventiva.

Art. 113. (La Detención). Con el Objeto de investigar un delito de acción pública, a pedido del Fiscal, el juez competente podrá ordenar la detención de una persona contra a la cual haya presunciones de responsabilidad por la comisión de un delito.

Esta detención se ordenará mediante boleta que contendrá los siguientes:

a) Los motivos de la detención; b) El lugar y la fecha en que se la expide; y, c) la Firma del Juez competente.

Para el cumplimiento de la orden de detención se entregará dicha boleta aun agente de la Policía Judicial el que deberá ejecutar su cumplimiento.

Art. 114. (Límite). La detención de que trata el artículo anterior no podrá exceder de veinticuatro horas. Dentro de este lapso, de encontrarse que el detenido no ha intervenido en el delito que se investiga, inmediatamente se lo pondrá en libertad.

En caso contrario, de haber mérito para ello, se dictará auto de instrucción Fiscal y de prisión preventiva si fuere procedente.

Art. 115. (Comunicación). Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordeno, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio.

También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente.

Art. 116. (Detención por Delito Flagrante). Los agentes de la Policía Judicial o de la Policía Nacional pueden aprehender a una persona sorprendida en delito flagrante de acción pública o inmediatamente después de su comisión; y la pondrán a órdenes del juez competente dentro de las veinticuatro horas posteriores. En caso del delito flagrante, cualquier persona está autorizada a practicar la detención, pero debe entregar inmediatamente al aprehendido a la policía y ésta, a su vez, al juez competente.

Delito Flagrante. Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.

Agentes de la Apreensión. Nadie podrá ser aprehendido sino por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo, salvo el caso de delito flagrante, de conformidad con las disposiciones de la Ley.

Sin embargo y además del caso de delito flagrante, cualquier persona puede aprehender.

1. Al que fugue del Establecimiento de Rehabilitación Social en que se hallare cumpliendo su condena o detenido con auto de detención o con auto de prisión preventiva; y,
2. Al imputado o acusado, en contra de quien se hubiere dictado orden de prisión preventiva, o al condenado que estuviese prófugo.

Si el aprehensor fuere una persona particular, pondrá inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente de la Policía Judicial o de la Policía Nacional.

Art. 117. (La prisión Preventiva). Cuando el Juez o tribunal lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; la gravedad del delito que estará sujeto al criterio del juez y, que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

Art. 118. (Competencia, forma y contenido de la decisión), El auto de prisión preventiva solo puede ser dictado por el juez o tribunal competente, por propia decisión o a petición del fiscal y debe contener:

Los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlos; una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva; la fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el Artículo anterior, y, la cita de las disposiciones legales aplicables.

Art. 119. (Caducidad de la prisión preventiva). La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión.

En ambos casos, el plazo para que opere la caducidad se contará a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva.

Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.

Art. 120. (Suspensión de la Prisión preventiva). La prisión preventiva debe revocarse o suspenderse en los siguientes casos:

Cuando se hubieren desvanecidos los indicios que la motivaron; Cuando el imputado o acusado hubiere sido sobreseído o absuelto; cuando el Juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa; y, Cuando su duración exceda los plazos previstos en el artículo 116.

Art. 121. (Sustitución). Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva:

a) El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga;

b) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que él designe; y,

c) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal.

Cualquiera de fuera el delito, la prisión preventiva será sustituida pro el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista e en el artículo 169 de este código.

El imputado o el Fiscal, pueden apelar de las medidas cautelares impuestas o negadas respectivamente por el juez o tribunal, ante el superior de quien dicto la medida. La impugnación no tendrá efecto suspensivo.

Art. 122. (Prohibición). No se puede ordenar la prisión preventiva en los juicios por delitos de acción privada, en los que no tengan prevista pena privativa de libertad, ni en las infracciones que se sancionan con una pena que no exceda de un año de prisión, independientemente de la pena que pueda imponerse en la sentencia.

4.3. PARAGUAY

4.3.1. CÓDIGO PROCESAL PENAL DE PARAGUAY DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ASEGURATIVAS.

SANCIONADO POR LEY No. 1286/2003

El Nuevo Código Procesal Penal Paraguayo entra en vigencia desde septiembre del 2003 y adopta como doctrina los postulados del Sistema Penal Acusatorio y tiene como presupuesto de la prisión privativa de libertad como medida cautelar personal las siguientes circunstancias a saber.

ARTICULO 235. LA PRISIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD, LOS REQUISTOS.

1) Se debe considerar la existencia de elementos de prueba suficientes para sostener razonablemente que el imputado es, con probabilidad autor o cómplice de un hecho punible.

2) La existencia del peligro de fuga.

3) Que la infracción que se le atribuya este reprimida con pena privativa de libertad, además de estas circunstancias generales este y que el código reitera que la prisión privativa de libertad solo es aplicable si no puede evitarse razonablemente la fuga del imputado siempre y cuando se hayan agotado la imposición de otras medidas los que resulten menos gravosas para su persona.

4) el peligro de obstrucción de la investigación que se determine.

ARTICULO 236. PROPORCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PRIVATIVA

La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcional a la pena que se espera.

En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada hecho punible en la ley, ni exceder del plazo que fija este código para la terminación del procedimiento o durar mas de dos años. En caso de que el imputado haya sido condenado pro una sentencia que se encuentra firme. La prisión preventiva podrá extenderse por un año más.

ARTÍCULO 237. LIMITACIONES. No se podrá decretar la prisión preventiva contra los imputados mayores de sesenta 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 decretara el arresto domiciliario.

ARTÍCULO 238. PELIGRO DE FUGA. Para decidir acerca del peligro de fuga, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

1. La falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo o, disponiendo del arraigo suficiente, las facilidades materiales para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento;

3. la importancia del perjuicio económico y moral ocasionado, en especial por el número de víctimas y damnificados por el delito;

4. 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.

En los casos de Crímenes o hechos violentos graves, se tendrá en consideración el conjunto de causas en las que se encuentra involucrados el imputado, y;

5. La actitud que el imputado asume frente a la víctima del delito; Estas circunstancias deberán mencionarse expresamente en la decisión Judicial que disponga la prisión privativa de libertad.

ARTICULO 239. MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS A LA PRISIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD.

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 informara periódicamente al juez;

- 3). La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que el 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 presentación de una caución real y adecuada mediante depósito efectivo de dinero, ofrecida por el propio imputado o por otra persona, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes, la fianza de una o más personas idóneas, o con una póliza de cargo a una empresa de seguro o garantía bancaria.

El juez podrá imponer una, varias u otras análogas de estas alternativas, conjunta o indistintamente, según cada caso, adoptando las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento.

No se impondrán estas medidas contrariando su finalidad. Cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable, en especial, si se trata de persona de notoria insolvencia o disponga del beneficio de litigar sin gastos, no se le impondrá caución económica.

En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretara la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas.

Las medidas que se dicten como alternativas a la prisión preventiva, o que las atenúen, podrán mantenerse hasta a la finalización del proceso.

Comentario. Acerca del peligro de fuga dentro de las causales que motivan la aplicación de la prisión preventiva como una medida cautelar personal en la Republica del Paraguay determinada en el nuevo Código Procesal Penal como causal esta el peligro de fuga la que es poco controvertido ya que la misma es aceptada solo en los casos ñeque la infracción este reprimida con pena privativa de libertad, esta causal esta bien definida a nivel doctrinario ya que no colisiona con ninguno de los principios de la administración de justicia penal, su contenido especifica claramente que el hecho penal o delito, contemple en caso de ser condenado a la pena de prisión. Lo que viene a evitar este requisito es que no podría dictarse el instituto de la prisión privativa de libertad a delitos que no conlleven penas privativas de libertad siendo significativo en esta situación importante a ser comentado es que esta legislación toma en cuenta el numero de víctimas, la cuantía a la que asciende el daño económico ocasionado con el delito, con ello poder aplicar una prisión privativa de libertad.

4.4. EL SALVADOR.

4.4.1. CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL SALVADOR.

DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

Artículo 285. (Principio general). Las Medidas Cautelares serán impuestas mediante resolución judicial fundada y duraran el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación.

El auto que imponga una Medida Cautelar personal o la rechace será revocable o reformable, aún de oficio, en cualquier estado del procedimiento.

Art. 286. (Citación o detención del imputado). Cuando sea necesaria la presencia del imputado, el juez dispondrá su citación, presentación o detención mediante orden escrita, que contenga los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye.

Cuando sea necesario allanar dependencias cerradas o recintos habitados para aprehender o detener a un imputado, se solicitará la correspondiente autorización judicial, salvo los casos de excepción expresamente establecidos en este Código.

Art. 287. (Arraigo de los sospechosos). Si en el primer momento de la investigación de un hecho en que hayan participado varias personas y no fuere posible individualizar inmediatamente a los responsables y no pudiere dejarse de proceder sin menoscabo para la instrucción, el juez podrá disponer que

ninguno de los sospechosos se aleje del lugar del hecho y ordenar su detención para inquirir si fuere indispensable, en cuyo caso la detención no podrá durar más que el tiempo necesario para tomar las declaraciones y nunca más de setenta y dos horas.

Art. 288. (Detención en Flagrancia). La policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregara al aprehendido a la Policía Nacional civil, para el inicio de la investigación correspondiente.

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado o dentro de las veinticuatro horas siguientes al hecho, o cuando sea sorprendido con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito o sean producto del mismo o cuando se le persiga por las autoridades o particulares. (2) (8), detención por la Fiscalía general de la república de El Salvador.

Art. 289. (Detención Administrativa). El fiscal podrá ordenar, antes del requerimiento, la detención administrativa del imputado cuando estime que concurren los presupuestos que justifican la detención provisional. En todo caso, el fiscal deberá presentar requerimiento. Una vez aprehendido el imputado, será puesto a disposición del juez dentro de las setenta y dos horas. En este caso, además de los otros indicados en este Código, deberá acompañarse al requerimiento de las diligencias.

Art. 290. (Detención por orden Judicial o por la fiscalía General de la república).

La policía Nacional Civil ejecutará las órdenes de detención libradas por el juez o el fiscal asignado a la investigación, bastando con que las mismas consten fehacientemente en los archivos de las delegaciones policiales.

Art. 291. (Otros casos de Aprehensión). Además de los casos establecidos en este Código la policía procederá a la captura de una persona, aun sin orden judicial, en los casos siguientes.

1). Cuando se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención; y,

2) Sin media orden escrita del Fiscal, solo en los casos previstos en el artículo anterior.

3) cuando tuviere en su poder objetos de cuya tenencia pueda inferirse que ha cometido un hecho punible o no justificare dicha tenencia o presentare huellas o señales que indiquen que han participado en un hecho delictivo. La policía en los casos de los numerales 1) y 2) Deberá presentar inmediatamente al detenido a la autoridad judicial o a la fiscalía general de la República el que deberá dar inicio a la investigación correspondiente; en todo caso dará aviso al procurador para la defensa de los Derechos Humanos.

Art. 292. (Termino para Inquirir). Cuando a un juez le sea consignada o presentada una persona a quien se el impute la comisión de un delito, deberá ordenar su detención por el término de inquirir y remitirla al correspondiente centro de reclusión con aviso escrito. Dentro del término de inquirir el juez

deberá decretar ala detención provisional o la libertad del imputado, según proceda, la pena de incurrir en responsabilidad penal.

El término para inquirir será de setenta y dos horas como máximo, y empezará a correr a partir de la hora en que el imputado quedare a disposición del juez de la causa.

Art. 293. (Detención Provisional). Para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes:

1) Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partcipe; y,

2) Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo limite máximo sea superior a tres años, o bien que, aun cuando la pena sea inferior, considere el juez necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar sin importar del tipo que fuere la medida.

Art. 294. (Otros Casos de Detención Provisional). Procederá también la detención provisional en los casos siguientes:

1). Cuando el imputado no comparezca sin motivo legitimo a la primera citación o cada vez que el tribunal considere o estime necesario;

2) cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, porque se tiene grave sospecha que destruirá, modificada, ocultara, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que coimputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o que inducirá a otros a realizar tales comportamientos, u otros hechos análogos; y,

3) cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles contrarios a la Ley.

En los dos últimos casos deberá concurrir además el requisito número uno que señala el artículo anterior.

4) Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las Medidas Sustitutivas de la detención provisional.

Art. 295. (Medidas Sustitutivas de la Detención Provisional). Cuando el imputado no esté sometido a otras Medidas Cautelares y se pueda creer razonablemente que no tratará de sustanciarse a la acción de la justicia, y, además, el delito no haya producido alarma social, podrá sustituirse la Detención Provisional por otra Medida Cautelar.

Cuando fuere procedente sustituir la Detención Provisional por otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o el tribunal competente, de oficio, o a

petición de parte, podrá imponerle, en lugar de aquella, alguna de las siguientes medidas:

- 1) El arresto domiciliario, en su propia residencia sin vigilancia alguna o en custodia de otra persona;
- 2) La obligación de someterse al cuidado o 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 el 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 de defensa que tiene todo imputado en un proceso; y,
- 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante deposito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes, o la fianza de una o mas personas.

El juez podrá imponer una sola de estas medidas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones

necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se impondrán o ejecutaran estas medidas desnaturalizando su finalidad, de tal manera que su cumplimiento sea imposible; en especial, no se impondrá una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado hagan imposible la prestación de la caución.

NO PROCEDERÁ LA SUSTITUCIÓN POR OTRA MEDIDA CAUTELAR, EN LOS DELITOS SIGUIENTES:

Homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las actividades relativas a las drogas y los delitos contemplados en la ley contra el lavado de dinero y activos.

Se prescindirá también de toda medida cautelar, cuando el delito tuviere pena de prisión cuyo límite máximo sea igual o inferior a tres años y por las circunstancias del caso, el juez considere que el juramento del imputado de someterse al procedimiento, basta para garantizar su presencia.

Art. 296. (Intimación Provisional). Se podrá ordenar la intimación provisional del imputado en un establecimiento asistencial, cuando medien los siguientes requisitos:

- 1) Que se haya comprobando la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe;
- 2) Comprobación, por dictamen de perito, de que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso;
- 3) Existencia de una presunción suficiente de que no se someterá al procedimiento u obstaculizará un acto procesal concreto de la investigación.

Tratamiento el detenido provisional será alojado en establecimiento especiales, diferentes de los que se utiliza para los condenados a pena de prisión o, al menos, en lugares absolutamente separados de los dispuestos para estos últimos y será tratado en todo momento como inocente, que se encuentra en prisión con el único fin de asegurar su comparecencia al procedimiento.

La detención se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena anticipada, ni provoque otras limitaciones que las imprescindibles para evitar la fuga o la obstaculización y en estricta conformidad con las leyes y reglamentos penitenciarios.

El control del trato al detenido será competencia del juez de vigilancia correspondiente; pero todo permiso, salida o traslado lo autorizará el juez ante quien se tramite el procedimiento. Si el Juez de vigilancia correspondiente, constata que la detención ha adquirido las características de una pena

anticipada, lo comunicara de inmediato al juez del procedimiento para que resuelva lo que corresponda.

El imputado y su defensor podrán solicitar la revisión o la sustitución de una Medida Cautelar en cualquier estado del procedimiento y todas las veces que lo consideren oportuno, sin perjuicio de la responsabilidad profesional del defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva.

4.5. COMENTARIO CRÍTICO A LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

En España se requiere la demostración en el caso concreto de un riesgo o peligro procesal que solamente puede ser neutralizado mediante la prisión preventiva por no existir otro medio estatal menos violento para garantizar los fines del proceso: averiguar la verdad histórica y la actuación de la Ley penal la utilización de tales Medidas Cautelares no ha de ser solo responsabilidad del órgano judicial que las decide, sino que ha de estar vinculada a que atiendan a la necesidad de neutralizar de la manera menos lesiva los peligros que en el caso concreto amenacen los fines de ese proceso penal en particular con intervención defensiva sin adelantar pena alguna.

El peligro de fuga del imputado o en el peligro de que obstaculice la averiguación de la verdad. El primer fundamento es racional, porque no concibiéndose el Proceso Penal en ausencia del imputado en rebeldía.

Por razones que derivan del principio de inviolabilidad de su defensa, su presencia es necesaria para poder conducir el procedimiento hasta la decisión final e, incluso, sin lugar a dudas la Prisión Preventiva representa el resorte de las Medidas Cautelares, la que regularmente aparece como “obligatoria” cuando se trata de imputaciones de tipos Penales de la Ley Penal.

Prisión Preventiva es el encarcelamiento que se impone al imputado de un delito reprimido con pena privativa de libertad, después de su declaración y antes de la sentencia firme, por no poderse contener su peligrosidad procesal concreta con otro tipo coercitivo menos lesivo y al solo efecto de cautelar el correcto descubrimiento de la verdad y la realización del juicio, la Peligrosidad Criminal o Sustantiva (proclividad e a cometer delitos).

Como se evidencia en el documento, se hizo un análisis de la legislaciones como ser:, Venezuela, España, Paraguay y el Salvador, con el fin de sustentar el trabajo de investigación, se pudo evidenciar, que en la mayoría de los países tomados en cuenta en el análisis, las Medidas Cautelares tienen una importancia para la Justicia Penal, debido a que proporcionan a la persona que ha sido sindicado por un delito a que pueda asumir su defensa en libertad en algunos casos y en otros a que respondan por su acto antijurídico asegurando el buen desarrollo del proceso, también permite el descongestionamiento de las cárceles en delitos menores y facilita a los operadores de justicia administrar adecuadamente la ley.

Sin embargo, en Bolivia estas medidas cautelares son consideradas por la sociedad muy flexibles y proteccionistas para el delincuente, los mismos fiscales comentan que existen vacíos legales en el acápite referidos a las

Medidas Cautelares, sugieren que deben ser revisadas y reforzadas, el comandante de la policía también indica que desde la vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal respecto a las Medidas Cautelares las detenciones se redujeron de manera sorprendente, pues dicen que la policía hace esfuerzos para poner a disposición de las autoridades competentes a un determinado sindicado y en muchos casos a delincuentes que tienen altos prontuarios delictivos, pero estos salen pronto acogidos a las Medidas Cautelares, volviendo a delinquir con más ímpetu.

Estas situaciones hacen que la ciudadanía no tenga confianza en la Administración de Justicia, tienen un criterio errado de la misma porque consideran que la justicia no existe o que solo es para los que delinquen, y prefieren aplicar, lo que ellos mal interpretan como Justicia Comunitaria, ejecutando los innumerables linchamientos a personas que incurren en hechos considerados delitos. Estos actos en la mayoría de los casos quedan en la impunidad, porque el responsable se pierde en el tumulto, fueron estas las razones que originaron el tema de investigación que concluye con una propuesta de Ley, que consiste en tomar en cuenta “la gravedad del delito como causal para la detención preventiva en el Código de Procedimiento Penal, con el que se pretende aportar a la eficacia de la Ley Penal en Bolivia.

CAPITULO V

PROYECTO DE LEY QUE CONSIDERA LA GRAVEDAD DEL DELITO COMO ELEMENTO PARA APLICAR LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

5.1 INTRODUCCIÓN.

La comisión encargada del Proyecto de Ley, ha sido nombrada por el Presidente de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Honorable Cámara de Diputados, con el objeto de elaborar un Proyecto de Ley que considera la gravedad del delito como elemento para aplicar la detención preventiva en el Código de Procedimiento Penal, preocupados por las continuas críticas realizadas por la opinión pública en general y los medios de comunicación social, al Régimen de Medidas Cautelares por ser muy flexible e irrestricto, que da lugar a que delincuentes peligrosos que han cometido graves delitos, obtenga su libertad de manera fácil e inmediata.

Esto ha producido una reacción negativa en la sociedad que ha perdido la confianza en la Administración de Justicia, causa por la que se pierde credibilidad, por lo que las personas proceden a hacerse justicia por mano propia, que ha dado lugar a innumerables linchamientos realizados con terrible crueldad.

Por esa razón la imperiosa necesidad de realizar reformas en el régimen de Medidas Cautelares, incorporando la gravedad del delito como una causal más para la determinación de la Detención Preventiva, como una Medida Cautelar de carácter personal.

5.2 BASES DEL PROYECTO.

El presente Proyecto de Ley para la incorporación de la gravedad del delito para la consideración de la Detención Preventiva y la modificación al Régimen de Medidas Cautelares, descansa sobre las siguientes bases:

1. En el marco de un Estado social y democrático de derecho, el control del delito es un asunto prioritario, ya que contribuye a la paz social y al progreso. Por eso es importante emplear todos los instrumentos que puedan contribuir a la lucha eficaz contra la criminalidad, evitando por todos los medios posibles el aumento y proliferación de los hechos delictivos.
2. La Detención Preventiva, es una institución de Derecho Procesal Penal, que sirve para asegurar que el imputado se sujete al Proceso Penal y no proceda a la fuga ni pueda obstaculizar el buen desarrollo del debido proceso. Pero también debe servir para sacar de las calles a delincuentes profesionales habituales y peligrosos, que cometen graves delitos que afectan los bienes jurídicos más relevantes, que son objetos de protección por parte del Estado.
3. Las Medidas Cautelares muy flexibles e irrestrictas, han dado lugar a que delincuentes peligrosos que han cometido graves delitos, obtengan su libertad

de manera inmediata, lo que les permite seguir actuando en la impunidad, por lo que se impone un régimen mas estricto y menos garantista en este aspecto.

4. Las Medidas Cautelares amplias y discrecionales dan lugar a que la víctima quede en completa indefensión, pues no se le asegura el resarcimiento del daño civil causado por el delito.

5. Las Medidas Cautelares e irrestrictas, tal como son aplicadas actualmente, también han tenido un efecto negativo en la sociedad, ya que la Administración de Justicia Penal ha perdido credibilidad, provocando que las personas tomen la justicia por sus propias manos procediendo al luctuosos hechos de linchamientos, dejando un lamentable saldo social.

6. Es preciso tener un régimen de Medidas Cautelares ecuánime y equilibrado, que no favorezca al crecimiento impune de la delincuencia y que tome en cuenta la gravedad del delito para su cabal aplicación.

7. La Gravedad del delito históricamente y en la actualidad, siempre ha sido considerada por la Administración de Justicia Penal como un agravante de la pena. Por eso han surgido conceptos como el de “peligrosidad” y “temibilidad” y modernamente la mayor parte de las legislaciones la consideran en el otorgamiento de Medidas Cautelares, Sustitutivas a la Detención Preventiva.

5.3 OBJETIVO.

Los objetivos del presente proyecto de ley son los siguientes:

- Evitar que delincuentes peligrosos, profesionales, asociados u organizados, comenten graves delitos, obtengan su libertad por medio de Medias Cautelares de carácter personal Sustitutivas de la Detención Preventiva.
- Conceder mayor protección a la sociedad logrando mayor seguridad ciudadana.
- Otorgar mayor protección y seguridad jurídica a las victimas del delito, logrando asegurar el efectivo resarcimiento del daño civil causado por el hecho delictivo.
- Enunciar los hechos delictivos de gravedad que representan un peligro inminente para la ciudadanía y conllevan a las reacciones sociales.
- Plantear la implementación del elemento, gravedad del delito, para la aplicación de una Medida Cautelar de Carácter Personal.

5.4 TEXTO DEL PROYECTO DE LEY.

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

La Asamblea Legislativa Plurinacional

Decreta:

MODIFICACIONES A LA LEY N° 1970 DE 25 DE MARZO DE 1999.
(CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL)

TITULO I

DE LAS MODIFICACIONES A LA MEDIDAS CAUTELARES

CAPITULO ÚNICO

INCORPORACIONES AL RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES

“**Art. Único** (incorporaciones). Inclúyase en el Código de Procedimiento Penal, Ley N° 1790 de 25 de marzo de 1999, los siguientes Artículos:

Art. 233 Bis (gravedad del hecho). También procederá la aplicación de Medidas Cautelares, incluyendo la Detención Preventiva, cuando el hecho que se juzga revista una gravedad manifiesta con relación a la afectación de bienes jurídicamente protegidos”

Art. 233 ter. (Situación de gravedad). Por gravedad en el hecho se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente la máxima afectación de un bien jurídicamente protegido y el peligro manifiesto e inmediato que representa en la sociedad una situación de tal naturaleza.

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

1. La pena que se espera como resultado del proceso.
2. Los casos de agravación de hechos previstos por el Código Penal.
3. El especial comportamiento demostrado por el imputado que denoten dolo manifiesto o enseñamiento en su conducta en relación con la víctima del delito.
4. En los delitos de contenido patrimonial, la existencia de víctimas múltiples y en especial la cuantía a la que asciende el daño civil ocasionado.
5. La habitualidad y forma de comisión de delitos por el imputado, que denoten una gravedad manifiesta con relación al normal desenvolvimiento del proceso.

Remítase al Órgano Ejecutivo para fines constitucionales.

Es dado en la sala de Sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a los.... días del mes de.... Del año....

Fdo. Pres. de la C. Senadores

Fdo. Pres. de la C. de Diputados

Fdo. Strio. Senador.

Fdo. Strio. Diputado.

POR TANTO, la promulgación para que se tenga y cumpla como Ley del Estado Plurinacional de Bolivia. Es dado en el Palacio de Gobierno de la Ciudad de La Paz, a los... días del mes de... del año...

Firma

PRESIDENTE DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que se arribaron depuse de la investigación, fueron las siguientes:

1. Desde la promulgación de la Ley N° 1970 en fecha 25 de marzo de 1999 - Código de Procedimiento Penal, las reacciones sociales frente a un Sistema Procesal al cual no se estaba acostumbrado y cuyo cambio, pese a existir un tiempo de transición, fue totalmente abrupto, fueron por demás inesperadas, al ver a las personas actuar de una manera tal que ya implica también un ámbito delincencial.
2. Pese a los constantes reclamos sociales, el nuevo Sistema Procesal Penal se mantuvo vigente, incluso teniendo en cuenta que los ajusticiamientos o linchamientos en el país se acrecentaban cada día mas.
3. Existen motivos fundados para considerar a la gravedad del hecho como un elemento generador no solo de un peligro de fuga con relación a la pena que espera el imputado por la comisión de un hecho criminal, sino también como elemento generador de desordenes sociales que pueden terminar en mayores y mas grandes resultados desfavorables para pacificar convivencia social.

4. Porque si una persona que ha cometido un delito grave o tiene una habitualidad a delinquir y, estos aspectos no son tomados en cuenta para aplicar la Detención Preventiva, existe la posibilidad de que este sujeto siga delinquir poniendo en peligro a la sociedad entera.
5. En los últimos años por las constantes reacciones sociales, que incluso llegaron a extremos delincuenciales cometidos por sectores de la sociedad de los que no se esperaba tal actitud, llevo a considerar un cambio importante de las normas sustitutiva y adjetiva penal.
6. Con la Ley del sistema nacional de seguridad ciudadana se incorporo a reincidencia como un elemento especial e independiente a considerar en determinados casos para aplicar una Detención Preventiva, dando lugar a otra función de la medida cautelar, que implica no solo la caución de permanencia del imputado en el proceso penal sino la garantía de protección social que el Estado establece para los ciudadanos.
7. la incorporación de la gravedad del hecho en la comisión de un delito es considerado un elemento importante para recuperar la credibilidad la justicia penal, y al mismo tiempo se proteja a la sociedad.

El criterio uniforme de los entrevistados, así como lo ejecutado, en el Marco Teórico hicieron que las conclusiones de la investigación lleguen a demostrar la hipótesis, es decir la necesidad de incorporar a la gravedad del hecho en el Código de Procedimiento Penal como elemento particular para la consideración y aplicar de la Detención Preventiva como una Medida Cautelar.

RECOMENDACIONES

1. Dado que las reacciones sociales de ajusticiamiento todavía no han quedado fuera de las actuaciones de algunos grupos sociales se recomienda que las modificaciones que se realicen al régimen cautelar del ordenamiento procesal penal, sigan el curso que se le dio en un principio con la Ley de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, es decir, considerar al mismo tiempo que el sindicado se someta a la acción de la justicia y se proteja a la sociedad de actos que vayan en su contra.
2. Considerar a la gravedad del hecho no solo como un requisito indispensable para la procedencia de la Detención Preventiva, sino como un elemento particular a considerar a tiempo de dictar una medida cautelar como la que se señala, realizando esta modificación con una Ley expresa que se propone en el presente trabajo.
3. La gravedad del hecho en la comisión de un delito conlleva a muchas circunstancias que deben ser atendidas por el legislador tanto para la realización efectiva de un Proceso Penal como para garantizar la tutela constitucional de protección de Estado hacia sus ciudadanos.
4. determinar los casos expresos en los que la gravedad del hecho pueda ser considerado un motivo para aplicar una Detención Preventiva.

5. Respetar siempre los Derechos Individuales del imputado ante la aplicación de una Detención Preventiva, como lo que hasta el presente se viene desarrollando.

6. Se recomienda dar mayor información a la sociedad de los cambios efectuados en el régimen cautelar del Código de Procedimiento Penal hecho que tiene dos funciones, el primero de lograr que la sociedad en su conjunto sientan la seguridad que el Estado garantiza y el segundo hacer del Sistema Procesal Penal un instrumento eficaz en el cumplimiento de las finalidades de la función penal del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ÁLVAREZ ESPAÑA, CARLOS J.** “Prueba y Técnicas de Oralidad en el Proceso Penal de El Salvador “, estudio realizado por Carlos Álvarez como aporte al Derecho Procesal Penal, el Salvador, 2002.
2. **AQUINO HUERTA ARMANDO**, las Medidas Cautelares, Ed. Grafica Gabriela. La Paz – Bolivia.
3. **BACIGALUPO, ENRIQUE** “Manual de Derecho Penal (Parte General)”, editorial Temis, Bogota -Colombia 1989.
4. **BARONA VILAR SILVIA**, Medidas Cautelares Penales Ed. “El Pais” Santa Cruz – Bolivia.
5. **BARONA VILAR, SILVIA** “Medidas Cautelares Penales: Nuevo Proceso Penal Boliviano”, editorial El País, Primera Edición, Santa Cruz de la Sierra, 2002
6. **BARRITA LÓPEZ FERNANDO A**, Prisión preventiva y ciencias penales, Ed. PORRÚA S.A., México 1999.
7. **BINDER, ALBERTO**“ Introducción al Derecho Procesal Penal”, editorial AD – HOC S.R.L. 1999.
8. **BONESANA, CÉSAR MÁRQUEZ**” tratado de los Delito y de las Penas” Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina, 1978.
9. **BUCCALLO RIVERA PATRICIA**, Diccionario Jurídico de Derecho Penal Ed. San Marcos, Lima Perú, 2002
10. **CALDERÓN SARAVIA, MARCELO** “Diccionario Sinóptico de Doctrina y Jurisprudencia: Código Penal y Procedimiento Penal”, 2 tomos, Publicidad Arte Producciones, La Paz.
11. **CARNELUTTI FRANCESCO**. Las Miserias del Proceso Penal, Ed.
12. **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL** Banzer, Ed. Serrano, Cochabamba – Bolivia, 1995.
13. **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL** Ed. UPS S.R.L, LA Paz – Bolivia, 2007

14. **CÓDIGO PENAL** Ed. UPS S.R.L, La Paz – Bolivia, 2007
15. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO** Ed. UPS S.R.L, LA Paz – Bolivia, 2007
16. **CORZÓN, JUAN CARLOS** ABC del Nuevo Procedimiento Penal una Edición de “Producciones Cima” La Paz 2003.
17. **DE PINA, RAFAEL** “Diccionario de Derecho”, Décima edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1981.
18. **DERMIZAKY PEREDO PABLO**, Derecho constitucional Ed. “JV” Cbba.
19. **ESPOZA CARBALLO CLEMENTE**, Código de Procedimiento Penal, Ed. Alexander Cbba.
20. **ESPOZA CARBALLO CLEMENTE**, Diccionario de JURISPRUDENCIA penal Ed. “El Pais”
21. **GACETA OFICIAL DE BOLIVIA** “Código de Procedimiento Penal”, Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999, La Paz.
22. **GIMENO SENDRA, J. VICENTE** “Fundamentos del Derecho Procesal”, Primera edición, Editorial CIVITAS S.A., Madrid, 1981.
23. **GOLDSTEIN RAÚL**, diccionario de Derecho Penal y criminología, Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina, 2006.
24. **GRAHAM. JAMES A.** el fallo “Avena” de la corte Internacional de Justicia y la Violación de los derechos Consulares de los detenidos extranjeros tomo 3, Ed. El Original.
25. **HARB BENJAMÍN MIGUEL** “Derecho Penal, parte General”, Tomo 1, sexta edición, editora Urquiza S.A., La Paz – Bolivia, 1998.
26. **HARB BENJAMÍN MIGUEL**, Código penal comentado, Ed. Juventud, La Paz – Bolivia 2002.
27. **HARB BENJAMÍN MIGUEL**, Derecho penal parte General, Ed. Juventud, La Paz – Bolivia 2003.
28. **LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO** “Introducción al Derecho Penal”, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

29. **LÓPEZ L., JULIO** “Compendio de Derecho Procesal Penal y Código de Procedimiento Penal”, 3ra. Edición, Editorial Los Amigos del Libro, Cochabamba, 1982.
30. **MAZUELOS COELLO JULIO**, mañuela de Derecho Penal, Ed. El Progreso
31. **MENDOZA DÍAZ, JUAN** “Lecciones de Derecho Procesal Penal (Código de Procedimiento Penal Boliviano)”
32. **MORALES VARGAS ALBERTO** “Guía de actuaciones para la aplicación del Nuevo Código de Procedimiento Penal”, Primera edición, GTZ, Impresiones Oporto, La Paz, 2004.
33. **OSSORIO MANUEL**, Diccionario de las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Heliasta BB. AA.
34. **POMAREDA CECILIA**, Código de Procedimiento Penal, Medidas Cautelares, Materiales y experiencias de talleres de capacitación, Págs. 99,100
35. **POMAREDA DE ROSENAUER CECILIA**, De La Teoría a la Practica Ed. GTZ.
36. **REJAS CESAR ALFREDO Y MARCO ANTONIO REJAS**, El proceso Penal en Bolivia, Ed. Urquizo S.A. La Paz – Bolivia 2004.
37. **RÍOS ANAYA GASTÓN**, Derecho Penal parte especial Ed. DRUCK, La Paz – Bolivia 2003.
38. **RIVERA SANTIVAÑEZ JOSE ANTONIO** Sistematización de la Jurisprudencia constitucional y precedentes obligatorios en Derecho Procesal Penal, Ed. Tupac katari Sucre – Bolivia.
39. **SUAREZ SAAVEDRA CÉSAR**, Critica al código de Procedimiento Penal Boliviano. Ed. Okipus Bolivia.
40. **VARGAS FLORES ARTURO**, Elaboración de Perfil de Tesis, Ed. Propia, La Paz – Bolivia 2005.
41. **VILLAMOR LUCIA, FERNANDO** “La Codificación Penal en Bolivia”, Editorial Popular, la paz, 1977.
42. **VILLAMOR LUCIA, FERNANDO**, Derecho Penal Boliviano Ed. La Paz, tomo I, II.

43. **VILLARROEL FERRER, CARLOS J.** “Derecho Procesal Penal”, Editorial OFFSET Ltda., la Paz, 1998.
44. **WELZEL HANS**, EL Nuevo Sistema del Derecho Penal, Ed. El Original
45. **YAÑEZ CORTES ARTURO** Régimen de Impugnación en el Sistema Acusatorio Oral Boliviano, Ed. Gaviota del Sur Sucre – Bolivia
46. **YANEZ CORTES ARTURO.** “Vigencia Plena del Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Jurisprudencia Constitucional Ed. Talleres gráficos Gaviota del Sur, Sucre – Bolivia

ANEXOS

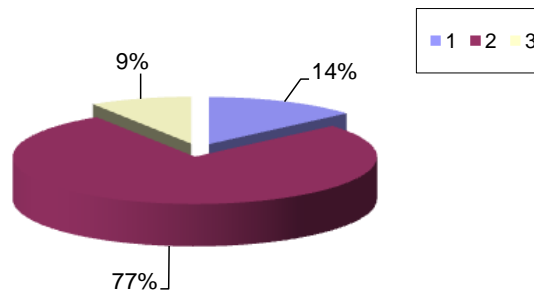
Cuestionario para entrevista sobre:

“LA GRAVEDAD DEL DELITO COMO CAUSAL PARA LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL”

ENTREVISTA

1. ¿Según su criterio el actual Sistema de Medidas Cautelares en Materia Penal, está teniendo éxito en su aplicación o se deberían realizar reformas?

- 1ª. No.
2ª. Si.
3ª. Otros.

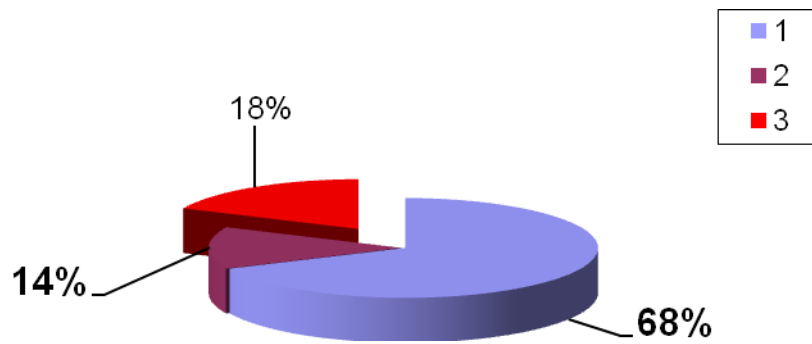


Fuente: Propia

No	3	ENCUESTADOS	14%
Si	17	ENCUESTADOS	77%
NS/NR	2	ENCUESTADOS	9%

2. ¿Creé que seria conveniente considerar la Gravedad del Delito a momento de disponer las Medidas Cautelares de carácter personal?

- 1ª. Si.
- 2ª. No.
- 3ª. Otros.



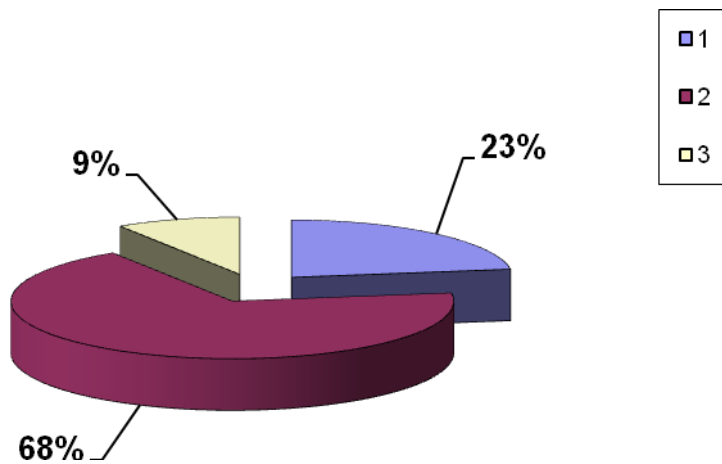
Fuente: Propia

Si	15	ENCUESTADOS	68%
No	3	ENCUESTADOS	14%
NS/NR	4	ENCUESTADOS	18%

3. ¿Las Medidas Cautelares irrestrictas, que se otorgan fácilmente sin muchos requisitos legales y en especial sin considerar la Gravedad

del Delito, cree Ud., que hacen perder la credibilidad en la Administración de Justicia Penal y son, la Causa de los graves linchamientos que se vienen sucediendo con alarmante frecuencia en nuestro país?

- 1ª. No.
- 2ª. Si..
- 3ª. Otros.



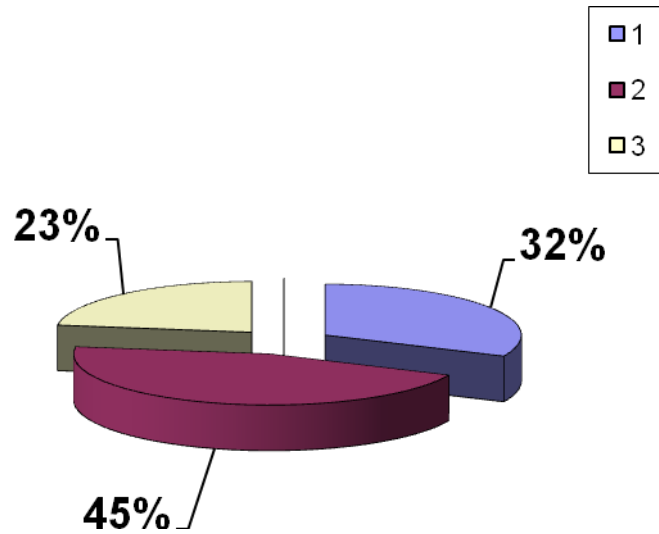
Fuente: Propia

No	5	ENCUESTADOS	23%
Si	15	ENCUESTADOS	68%
NS/NR	2	ENCUESTADOS	9%

4. ¿En que afectan a las Víctimas del Delito, las Medidas Cautelares Irrestringidas, concedidas sin tomar en cuenta la gravedad del delito?

- 1ª. No.

2ª. Si.
3º. Otros.



Fuente: Propia

No	7	ENCUESTADOS	32%
Si	10	ENCUESTADOS	45%
NS/NR	5	ENCUESTADOS	23%

Questionario para cuestionario sobre:

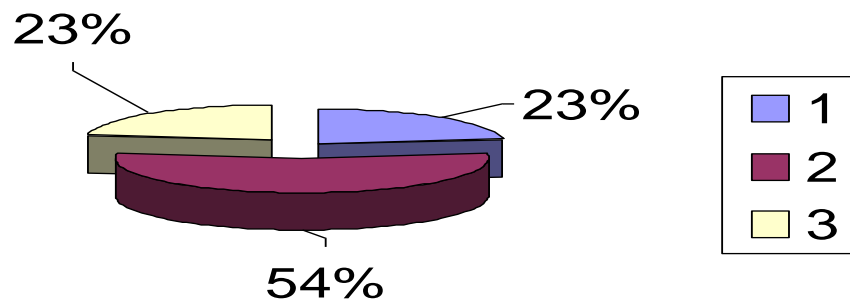
“LA GRAVEDAD DEL DELITO COMO CAUSAL PARA LA
DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO

DE PROCEDIMIENTO PENAL”

CUENTONARIO

1. ¿Conoce usted cuales fueron los cambios realizados en el Código de Procedimiento Penal, referente a la libertad personal?

- 1ª SI.
- 2ª. NO.
- 3ª. OTROS.

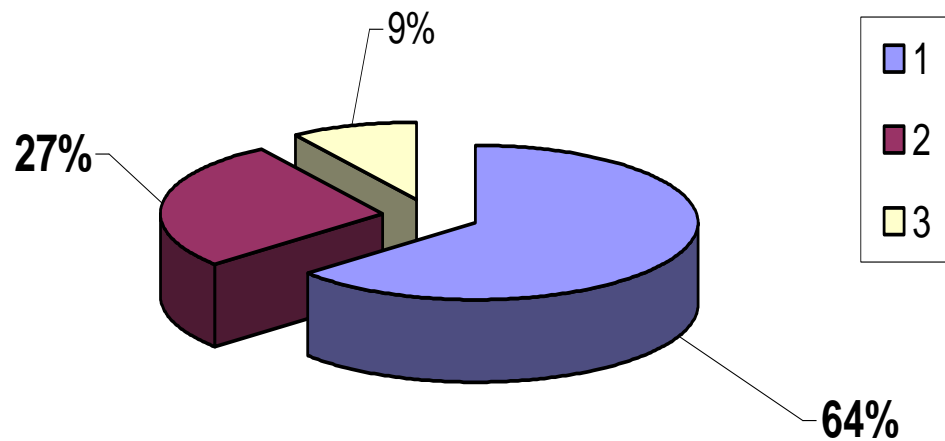


Fuente: Propia

Si	10	ENCUESTADOS	23%
No	24	ENCUESTADOS	54%
OTROS	10	ENCUESTADOS	23%

2. ¿Cree usted que el nuevo sistema de Medidas Cautelares causó indirectamente el problema de linchamientos en nuestra sociedad?

- 1ª. Si
- 2ª. No.
- 3ª. Otros.

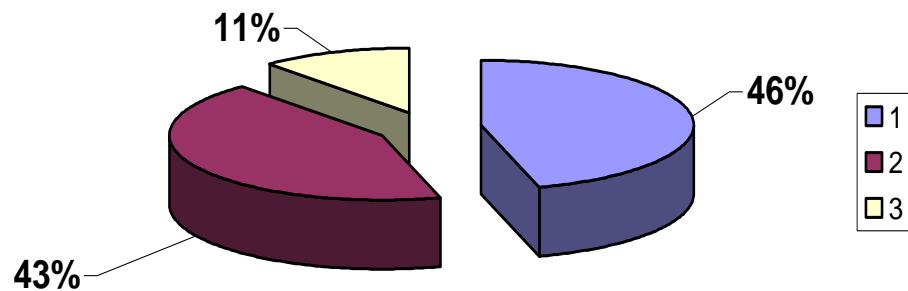


Fuente: Propia

Si	28	ENTREVISTADOS	64%
No	12	ENTREVISTADOS	27%
NS/NR	4	ENTREVISTADOS	9%

3. ¿Existen dos requisitos para que el Juez aplique una Detención Preventiva: los indicios de culpabilidad y riesgo de fuga u obstaculización del proceso ¿considera usted que estos requisitos son suficientes para garantizar tanto la seguridad del imputado como de toda la sociedad?

- 1ª. Si.
 2ª. No.
 3ª. Otros.

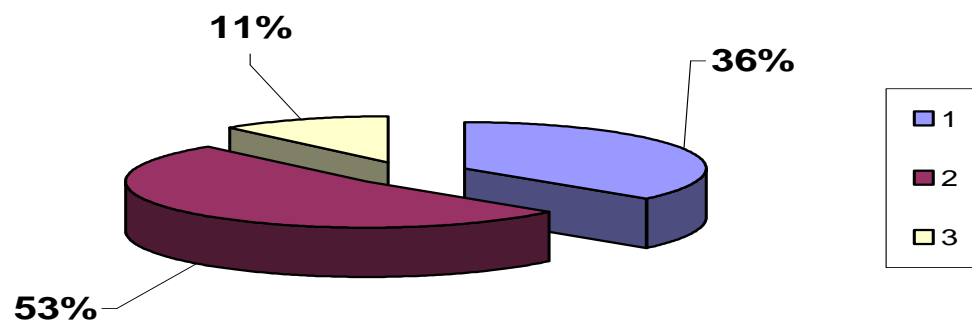


Fuente: Propia

Si	20	ENTREVISTADOS	46%
No	19	ENTREVISTADOS	43%
NS/NR	5	ENTREVISTADOS	11%

4. ¿Considera usted que el incorporar la reincidencia como un elemento especial para la aplicación de la Detención Preventiva ayudó a mantener la Paz social evitando los linchamientos?

- 1^a. Si.
- 2^a. No.
- 3^a. Otros.

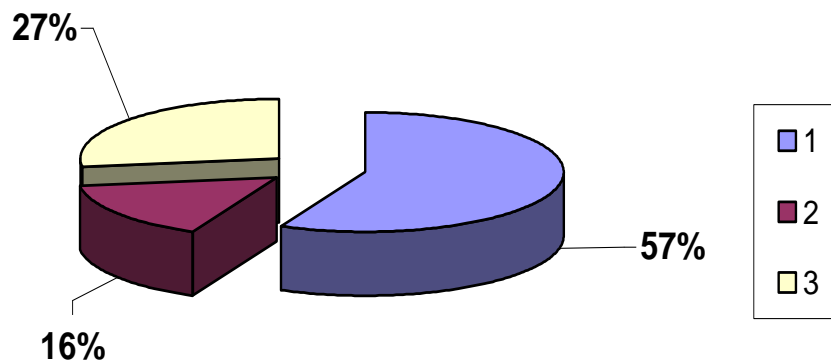


Fuente: Propia

Si	16	ENTREVISTADOS	36%
No	23	ENTREVISTADOS	53%
NS/NR	5	ENTREVISTADOS	11%

5. ¿Cuándo cree Usted que un delito es considerado de gravedad?

1. Muerte.
2. Derechos de la persona.
3. Otros.

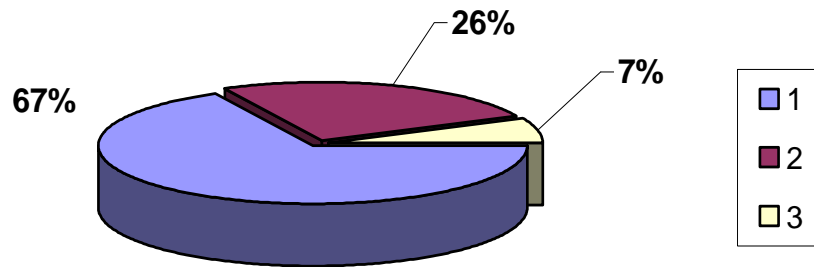


Fuente: Propia

Muerte	25	ENTREVISTADOS	57%
D. de la Persona	7	ENTREVISTADOS	16%
Otros	12	ENTREVISTADOS	27%

6. ¿Considera Usted que incorporar la gravedad del hecho delictivo, como un elemento especial para la aplicación de la Detención Preventiva, ayudaría a evitar el problema de linchamientos en el País?

1. Si.
2. No.
3. Otros.

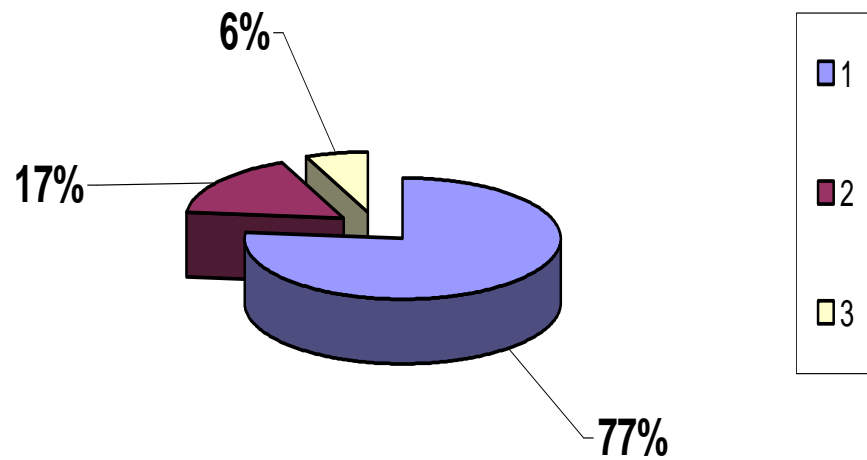


Fuente: Propia

Si	29	ENTREVISTADOS	67%
No	11	ENTREVISTADOS	26%
NS/NR	3	ENTREVISTADOS	7%

7. ¿Esta Usted, de acuerdo con la aplicación de la Detención Preventiva en delitos en los cuales existan víctimas múltiples?

1. Si.
2. No.
3. Otros.

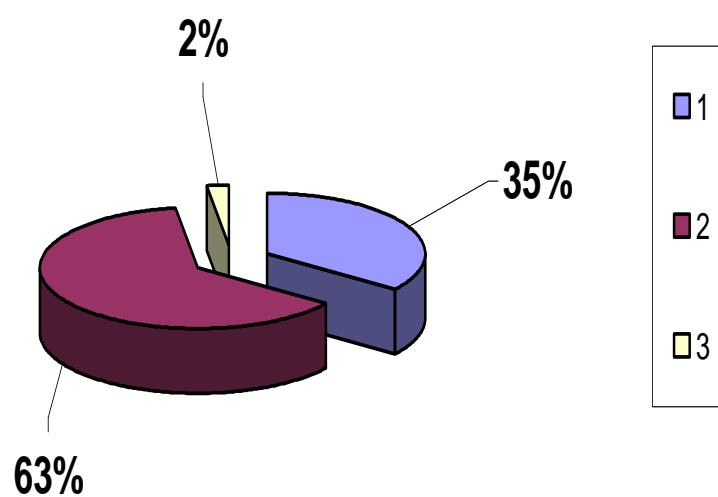


Fuente: Propia

Si	36	ENTREVISTADOS	77%
No	8	ENTREVISTADOS	17%
NS/NR	3	ENTREVISTADOS	6%

8.- ¿Considera Usted, que la aplicación de la Detención Preventiva, es el cumplimiento anticipado de la pena?

1. Si.
2. No.
3. Otros.



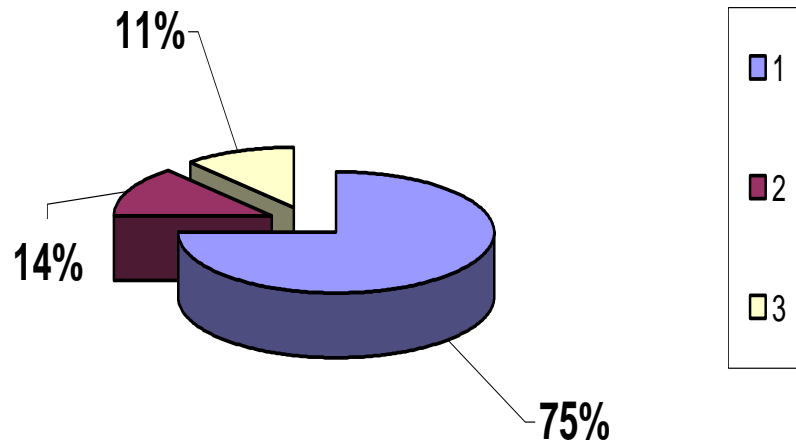
Fuente: Propia

Si	15	ENTREVISTADOS	35%
No	27	ENTREVISTADOS	63%
NS/NR	1	ENTREVISTADOS	2%

9.- ¿En los delitos que revisten gravedad o peligrosidad, cree Usted. Que deben aplicarse las Medidas Cautelares como la Detención Preventiva en contra de los imputados?

1. Si.

2. No.
3. Otros.

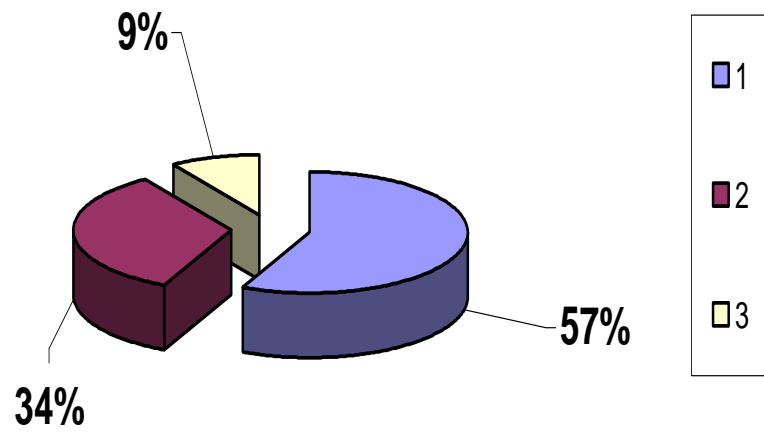


Fuente: Propia

Si	33	ENTREVISTADOS	75%
No	6	ENTREVISTADOS	14%
NS/NR	5	ENTREVISTADOS	11%

10.- ¿Cree Usted que si la pena que se espera como resultado del Proceso es superior a diez (10) años proceda una Detención Preventiva?.

1. Si.
2. No.
3. Otros.



Fuente: Propia

Si	25	ENTREVISTADOS	57%
No	15	ENTREVISTADOS	34%
NS/NR	4	ENTREVISTADOS	9%



















