

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
DIRECCIÓN DE POST GRADO Y RELACIONES INTERNACIONALES
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES



**LOS NUEVOS PARADIGMAS EN LA
ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES**

TESIS EN OPCIÓN AL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO PENAL

COLEGIADO : RAMIRO OTERO LUGONES

La Paz - Bolivia

2002

INTRODUCCIÓN

El país ha ingresado en un período de reformas de la administración de justicia, uno de cuyos propósitos es la modernización de sus normas sustantivas y adjetivas en materia penal a fin de asegurar el respeto de los derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado. Tal objeto se orienta a cumplir los fines y principios que sostienen al Estado social de derecho.

Enmarcado dentro de lo que se ha caracterizado como proceso de recuperación democrática, la doctrina y la actividad legislativa se han encaminado a superar aquellas situaciones que llevaron a reconocer algo más que la inoperancia de hecho de los órganos y de los sistemas judiciales, llegando a calificar de colapso del poder judicial lo que se venía constatando desde la década del 70 del siglo pasado.

La preocupación inculcable por los efectos, en algunos casos desastrosos que ocasionaban en el plano de los derechos humanos y la carencia de resguardos legales, atentados contra el derecho a un "juicio justo", traducidos en la acumulación de detenidos sin condena, de reos que habían cumplido sus penas pero que no podían salir en libertad por tener pendientes en su contra los resarcimientos del daño civil, la retardación de justicia que llevo a sostener que una justicia tardía no es justicia y otros fenómenos semejantes, pusieron en grave entredicho a los propios pilares del régimen democrático representativo, advirtiendo del abismo que separaba a la norma proclamada frente a una realidad nada aceptable, originando malestar y dolor en los recintos carcelarios que llegaron a la inmolación y al amotinamiento, en varios de nuestros países.

La prisión por deudas que había sido formalmente abolida en 1.911, por efecto de algunas leyes draconianas como la calificación de delito "in fraganti" del giro de cheque en descubierto y la práctica usurera de convertir a los deudores en delincuentes haciendo del cheque un instrumento de aseguramiento y cobro de deudas, llenaron nuestras cárceles de presos. Peor fue en materia punitiva el auge en la producción de la droga respondiendo a la

demanda originada en Europa y Estados Unidos y que arrastra a sectores importantes de la sociedad boliviana a partir de la dictadura de 1.971, encontrando su clímax destructivo cuando se impone la política de despidos masivos en la minería estatal, con el Decreto 21060. Hay una sucesión de leyes represivas contra la producción y el tráfico de estupefacientes o "materias controladas", que compiten en drasticidad teniendo como denominador común la presunción de culpabilidad y la sumariedad de los procedimientos, pisotendo los principios garantistas del debido proceso, a través de leyes de excepción como la 1008.

El Informe de **INALUD** sobre la defectuosa administración de justicia y el tema de la gobernabilidad, motivaran que las Naciones Unidas insistan ante los órganos administrativos del Estado boliviano para la reforma de las leyes y la modernización del Poder Judicial, comprometiendo recursos de los organismos internacionales de crédito. Uno de los objetivos de la reforma es dar seguridad jurídica a las inversiones extranjeras y otorgar confiabilidad en las decisiones judiciales, comprometiendo recursos importantes en esta tarea. Hay también un empeño de uniformación y homogenización de las leyes y se proyectan códigos modelos a nivel internacional para las distintas materias. En este empeño de actualización de las leyes, es aprobado en nuevo Código de Procedimiento Penal sustentado en el principio acusatorio y el procedimiento de la oralidad, ensayándose en Bolivia el sistema tribunal escandinavo, o sea de tribunal colegiado con la participación de jueces legales que aplican la ley y jueces legos que lo hacen por conciencia, siendo uno de los aspectos controvertidos en la opinión pública junto al tema de las medidas cautelares que convierten a la detención preventiva de la excepción, cuando antes, en el procedimiento mixto o acusatorio reformado que había regido todo el tiempo, la detención preventiva como medida cautelar había sido la regla. De ahí que, al ponerse en vigencia el nuevo régimen de las medidas cautelares aun dentro del período de la vacatio legis, se produjo un debate provocado por quienes veían con temor el cambio aferrados a sus viejas convicciones. El temor estuvo alimentado por la falta de preparación y una mala información sobre lo que representaban las nuevas medidas precautorias, suponiendo que estas facilitaban impunidad para los delitos, sin entender la diferencia que hay entre los fines de la pena que culminan con la sentencia condenatoria o absolutoria y los fines del proceso, que buscan asegurar que el imputado se someterá al juicio sin perjuicio de asegurarle

sus derechos y garantías, especialmente el reconocimiento efectivo de la presunción de inocencia, que esta consagrado en el Art. 16 de la Constitución Política del Estado y del debido proceso, preservando los derechos de la persona humana. Esta falta de información y preparación de la opinión pública sobre el nuevo procedimiento, los principios en los que se afirma y el reconocimiento garantista de la ley penal, agregado el acervo cultural creado por una larga práctica judicial que no solamente está en la mente de los operadores de justicia sino en la cultura judicial, asentada en los propios litigantes y la población en general, hicieron más difícil la tarea del cambio y atentaron las reservas de los espíritus recalcitrantes al cambio. Además está decir que aun sigue pendiente la tarea de esclarecer la importancia, contenido y fines del Nuevo Procedimiento Penal, asumiendo relevancia la tarea de definir y explicar los fines propios que sumen las medidas cautelares en el proceso penal, evitando confusiones como las que se dieron desde el primer momento con los fines que correspondan a la pena, advirtiendo que el régimen garantista en materia penal no significa impunidad para los delitos, pero sí que tiende a asegurar los garantías constitucionales de la persona humana incluidos los imputados o inculcados, que por ser tales no han perdido sus derechos, sobre todo, a merecer un "juicio justo". Además, enseñando que el imputado o inculcado deja de ser objeto del juicio para convertirse en sujeto del proceso con el acusatorio y que puede seguir gozando de su libertad mientras es juzgado, siempre que se someta al juicio y no lo obstaculice. Que el sistema inquisitorio no ha regido siempre y, consiguientemente, no se ajusta a la naturaleza humana como algo necesario, porque antes del reinado del papa Inocencio III, regía el acusatorio, sistema que dominó en la Edad Antigua (Grecia y Roma) casi sin excepción, como rige ahora en los países de raíz sajona y en otros de raíz latina.

Con ello se quiere alertar que el tema es importante y asume actualidad, pretendiendo también justificar por que se lo asume para ser sustentado en la presente Tesis de Maestría.

El contenido de la Tesis de Maestría pretende abordar sin agotar el tema, la influencia que tiene los nuevos paradigmas en la adopción de las medidas cautelares, entendiendo que los nuevos paradigmas son los aportes que la doctrina y la ciencia del Derecho nos van dando, alumbrado y ofreciendo visiones también nuevas en la actividad normativa, obligando al

estudioso del Derecho a la actualización de sus conocimientos, sobre todo, de los cambios que la doctrina jurídica ha traído desde los resultados acaecidos a partir del fin de la segunda Guerra Mundial, cambios tan trascendentales, por ejemplo, como la consagración de la persona humana de sujeto del Derecho internacional Público, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por las NN.UU. Derechos que se han ido irradiando y extendiendo, con los Derechos de los Pueblos o los Derechos de la Preservación del Medio Ambiente.

El tema abordado es modesto en sus pretensiones y es su tratamiento se ha buscado evitar el formalismo, porque no es un tema estanco, sino que merece ser examinado en su multilateralidad y conexiones, se lo ha revisado desde el ángulo lógico formal, o sea, en su manejo conceptual, pero también en su relación histórica como objeto que se da en una secuencia cronológica, o sea, visto tanto en el eje de las simultaneidades como en el de las sucesiones, empleándose junto al método deductivo - inductivo de la abstracción científica, el método histórico concreto. Se ha empleado el método de las instituciones, quiere decir, estudiar relacionando las distintas normas con el objeto principal de estudio y el método comparativo, relacionando la legislación nacional con la de otros países. No hemos entrado a la exegesis propiamente tal, porque queda todavía mucho ver en la aplicación de las normas ahora vigentes, aunque en el plano de la aplicación se ha tenido el cuidado de recoger casos verificándose falta de uniformidad y aun desconocimiento de la filosofía jurídica que inspira a las nuevas medidas cautelares entre los propios operadores de justicia.

La investigación del trabajo se ha apoyado en la bibliografía mas reciente y en la opinión de los autores mas autorizados. Se han elaborado fichas bibliográficas y biobliográficas, también se ha recurrido a la encuesta abierta buscándose la opinión de personas autorizadas en los niveles mas altos de la judicatura, fiscalía. Se ha buscado la opinión de la prensa aun en las opiniones mas torpes y sea ha escuchado las opiniones de las personas mas sencillas. Se han recogido y tomado en cuenta las clases y contribuciones de nuestros magníficos docentes del Diplomado y la Maestría, haciendo propicia la ocasión para reiterar nuestra mas profunda gratitud por sus enseñanzas. Se ha recogido la jurisprudencia

española y la normatividad de los países europeos que tienen una larga práctica sobre la materia. En la parte histórica hay un examen de las disposiciones legales que han regido en materia de medidas cautelares a partir de la creación de la República, pero debe confesarse que hay un momento que no se ha podido registrar, que es la vigencia fugaz del juicio oral en la década del 30 o 40 del siglo XIX, lo que aun motiva inquietud porque tal constatación no cursa en ninguna de las obras que se ha tenido a mano, pero si se tiene una primera noticia de tal existencia.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las mediadas cautelares o jurisdiccionales como denominaba el Procedimiento abrogado, aunque tocan los fines propios del proceso no pueden desvincularse de los principios que norman la punición de los delitos, la determinación de las penas y el ejercicio de la acción penal entre las formas de control social que asume el derecho punitivo o penal. Así en el proceso inquisitivo se busca la seguridad social por encima de la libertad de los individuos, lo que ocurre de manera contraria en el proceso oral o acusatorio. Por ello en la historia del Procedimiento Penal Boliviano se puede advertir que en el tiempo que priva el proceso inquisitorio y aun en el mixto o acusatorio reformado, predomina la detención preventiva y se da la grave situación a la que llegó la administración de justicia en nuestro País de un porcentaje de detenidos en las cárceles sin sentencia, peor aun, cuando se introduce la figura del delito de cheque en descubrimiento, las cárceles están repletas de reos que han cumplido su condena, pero que siguen privados de libertad por carecer de recursos para pagar el resarcimiento de los daños y perjuicios, momento de exacerbación de la crisis de la administración de justicia y del sistema penal, que obliga a buscar paliativos para descongestionar las cárceles, como es la dictación de la Ley de Fianza Juratoria.

El congestionamiento de las cárceles con miles de detenidos sin sentencia o reos privados de libertad a pesar de haber cumplido sus condenas, es la consecuencia de otro factor que también lleva al colapso del Poder Judicial, ocasionado por lo que la jerga periodística denomino el cuoteo en la designación legislativa de los miembros de la Corte Suprema, dejando vacantes hasta por años los cargos de ese alto tribunal de Justicia, provocando la acumulación de procesos pendientes de recursos, acumulación incrementada por los juicios motivados con la Ley 1008, que obliga a los fiscales a recurrir en todos los casos. Otros factores que ocasionaron la lamentable retardación o mora en la administración de justicia están relacionados con la ausencia de planificación en dicha administración y la carencia de una política criminal que toque todos sus aspectos.

El predominio del principio de seguridad sobre el de libertad en el proceso inquisitorio o en el mixto, no obstante este último estar en vigencia a partir del día 2 de Abril de 1.973, desconoce la garantía Constitucional del Art. 16, que presume la inocencia del encausado mientras se pruebe la culpabilidad, porque en la fase del sumario el imputado está obligado a probar su inocencia, bajo cuyo supuesto se dictan los autos finales de sumario, como regla general y, la detención preventiva, se aplica cuando el delito merezca pena privativa de libertad, cuyo máximo excede de dos años y se den indicios graves y manifiesto, Art. 194 del Código de Procedimiento Penal abrogado. Peor es la ley 1008 que configuró la presunción de culpabilidad como principio rector. Situación legal que pone de manifiesto la falta de ordenamiento legal y la colisión de leyes, incluida la inconstitucionalidad de algunas de ellas, olvidando que el Derecho Penal por su carácter subsidiario, limitado y ofensivo en relación a las Constitucionales, no puede desvincularse de su carácter garantista, reconociendo y velando el respeto de los derechos constitucionales del individuo. Tal examen obliga que en esta introducción se haga una relación histórica sucinta del proceso penal y su procedimiento en la legislación Boliviana.

Profesores de Derecho Procesal Boliviano, como el catedrático de la U.M.S.A., Dr. Enrique Oblitas Poblete, sobre su tratamiento dicen que se exterioriza dos tendencias; una que traduce las doctrinas contemporáneas y otra que se mantiene bajo canoas o normas anticuadas.

En los albores de la República y durante la vigencia del Código de Procederes Santa Cruz, promulgado en 1.838, regió la Legislación Española. En 1.858 se adaptó el Código de Procedimiento Criminal de Francia, conteniendo el sistema mixto de juzgamiento, con el sumario secreto y el plenario público. bajo el auspicio de la Corte Suprema de Justicia. Se dictó la Ley Suplementaria de 30 de Marzo de 10877 y la completación de su articulado fue encomendada al colegio de Abogados de la Paz, cuya compilación es aprobada y promulgada de 6 de Agosto de 1.898 por el Presidente Severo Alonso, cuerpo de leyes que ha regido hasta el 23 de Agosto de 1.972. El Procedimiento Penal promulgado por el Presidente Severo Alonso contemplaba principios garantistas del proceso penal sobre que "nadie puede ser

condenado sin antes ser oído y juzgado por Tribunales competentes, pre-establecidos por la Ley", es decir, el principio de legalidad base del "Juicio Justo", también incluyo la publicidad tanto en el plenario como en el sumario asegurando la igualdad de las partes en el juicio y principio con grado en la producción de la prueba en el Art. 140 de la constitución Política del Estado, determinación que fue considerada como paso trascendental en la administración de justicia al igual que la adopción de la oralidad en la fase del plenario. Para acelerar el proceso, la resolución de los incidentes, se deja para después de sentencia.

El contradictorio permite colocar al acusador en condiciones de igualdad para producir pruebas, impugnar las resoluciones y asumir defensa con amplitud. La procedencia de la libertad provisional queda restringida a la no existencia de indicios de culpabilidad y procede en toda clase de delitos, queda desechada la declaración jurada del procesado que era característica particular de la forma inquisitoria, también queda eliminada la acumulación de penas en la comisión de varios delitos, imponiéndose únicamente la pena mayor, a fin de evitar la sucesión de condenas, es previsto que las sentencias de absolución y de inocencia dictadas en juicios de rebeldía y contumacia, causan ejecutoria, igualmente la absolución definitiva en juicios por motivo de prueba semi-plena.

En su tiempo se ha criticado al Art. 64 del Código Penal abrogado, porque en la administración de la libertad provisional daba lugar a fallos contradictorios suscitados por la aplicación de la conversión de penas; en unos casos se sustentaba procedencia y esos otros solo en estado de sentencia y no antes.

También se ha criticado la triplicación de la fianza prevista en el Art. 113 del procedimiento Criminal a tiempo de apreciarse de daño Civil, convirtiendo a la fianza prohibitiva en la mayoría de los casos con desconocimiento del derecho a la libertad. La Ley de 19 de Diciembre de 1.905 creaba un obstáculo al Juez del Plenario, de no poder dictar sentencia mientras no se encuentre ejecutoriado el auto de procesamiento o decreto de acusación.

Otras críticas se refieren a la irreversibilidad de los autos sobre procedencia o improcedencia de la libertad provisional. La retardación de justicia marco el curso de su vigencia por la falta de continuidad de los procesos, insistiéndose que en la demora de los juicios la mayor demora de uno de los defectos mas acusados es el manteniendo del sumario, que atenta contra la pronta administración de justicia, porque la labor de los jueces Instructores se concreta a ratificar las pruebas recogidas en la fase investigativa a cargo de la Policía Judicial, recomendándose la Supresión de la fase del sumario, pero, sobre todo, el aseguramiento de los procesos.

No obstante estos criterios renovadores así expresados, al examinar los cometidos que persigue la acción penal y al referirse a la acción cautelar, se destacaba que esta tiende a reunir los elementos del proceso, evitando, por ejemplo, la perdida de las pruebas reales expuestas a la acción destructiva del tiempo y a su perdida, también expuesta por la resistencia de las personas a declarar, por lo que se señala que la función cautelar, consistente en asegurar los medios o los resultados del proceso, destacando, en este sentido, que el acto cautelar típico es el secuestro, consistente en la detención de la cosa y evitar aquellos cambios que comprometen el exito de la justicia. La privación de la libertad personal en el campo penal se expresa en la detención del imputado, su arresto o captura, colocando al imputado en la imposibilidad física de alejarse, tratándose de 3 actos de seguridad, pero en lo que se refiere a la privación de libertad, las medidas cautelares.

Se reducen a dos: el arresto y la captura. Entendiéndose que el arresto busca aislar al imputado para evitar que realice maniobras dolosas para crear pruebas falsas o quitar de en medio pruebas verdaderas. El aislamiento en nuestro medio se conoce como incomunicación que no puede durar mas del tiempo previsto para la investigación, siendo una medida cautelar provisoria. La Policía Judicial era la autoridad que practicaba el arresto y la captura era ordenada por la autoridad judicial.

En el compilado de leyes procesales, la detención correspondía al arresto y la aprehensión a la captura. El arresto opera en caso de delito infraganti y tiene, al igual que la

incomunicación, su reglamentación en la propia Constitución Política del Estado. Pero, el contenido de estas medidas cautelares esta dentro de la concepción dominante de entonces de tratarse de medidas de seguridad del imputado. La concepción sobre las medidas cautelares que se entiende entonces, esta orientada a asegurar los resultados del proceso, pero, la acción cautelar se inspira también en la necesidad de las pruebas personales, consistentes en la prueba histórica y en la prueba critica.

La prueba personal histórica es el testimonio, siendo el testigo la persona que circunstancialmente se ha encontrado en el lugar de los hechos y que narra una experiencia suya. Para recoger las pruebas testimoniales hay que empezar por identificar a las personas que pueden prestar testimonio. Identificados los testigos hay que interrogarlos no solo sobre su identidad sino sobre lo que ha visto y oído, aspecto ultimo que coloca ante la exigencia de la prontitud con que debe producirse esta prueba.

Entre las pruebas reales al acción cautelar tiene a la pesquisa el secuestro, la requisita, medidas cautelares que están a cargo de la Policía Judicial.

La libertad provisional no esta considerada dentro de las medidas cautelares, sino como aporte de los prontos justificativos, que son la prueba y las excepciones que propone el sindicato. De los prontos justificativos se ocupa el Procedimiento Criminal en su Art. 83. Los prontos justificativos constituyen la defensa del sindicato y se aceptan con noticia fiscal y contraria. Para que proceda su interposición es necesario que el sindicado preste su declaración indagatoria, aunque la ley no es explícita al respecto. El cumplimiento de tal formalidad parte del supuesto de que no hay defensa mientras no se conozca el tenor de la querella, de la que llega solamente a inferiorizar el sindicado cuando, después de prestada la indagatoria, se le entregue copia de dicha querella y se le notifica con el auto cabeza de proceso. Así lo entendió uniformemente la jurisprudencia de entonces, señalando que el encausado no es parte en los sumarios criminales mientras no rinda su indagatoria, según precepto de los Arts. 83 del procedimiento Criminal y 13 de la Ley de 6 de Octubre de 1.903.

El Juez, recibida la indagatoria, pidió determinar a seguir, la detención provisional o la libertad del sindicado, siendo facultad privativa del Juez de la instrucción.

La libertad provisional en el viejo Procedimiento Criminal es un beneficio que concede la Ley a todo sindicado, acusado y reo absuelto, para que pueda salir de la detención o prisión mediante fianza real o mixta.¹

Dicho beneficio solamente se concede en favor de los procesados o encausados cuyo juicio se encuentra en trámite.

La improcedencia de la libertad provisional en caso de delito flagrante origino la cuestión en que momento pidió determinarse, porque para cierta corriente de opinión debía estar consignada expresamente en el auto cabeza de proceso; otros pensaban que no era necesario, porque la flagrancia surge del texto del proceso.

También se debatió si la pena de prisión era prohibitiva de este beneficio, a lo que se respondía indicando que, conforme al Art. 28 del Código Penal de entonces, la prisión se halla clasificada de distinta manera que la pena de presidio, inclinándose en favor de la procedencia. El aspecto mas debatido se refirió a la conversión de la pena prevista en el Art. 64 del Código Penal, que favorecía a varias categorías de sindicados, como los menores de 21 años y mayores de 60 años, entendiéndose que no debía postergarse para la procedencia de la libertad provisional hasta el momento de dictarse sentencia, sino aplicarse la "ampliación de los favorable" para contemplarse dicha conversión a fin de facilitar la libertad provisional. No se admitió la modificación por el Juez de Partido de la calificación del hecho en el auto de culpa con el único objeto de facilitar la libertad provisional. Otro aspecto de debate fue quien conoce la petición de libertad.

¹ Enrique Oblitas Poblete, Lecciones de Procedimiento Criminal, pag. 286, Librería Editorial Juventud, La Paz 1.956).

Dictado el auto final de sumario, y aplicándose el Art.2º de la ley de 17 de Diciembre de 1908, que dispone: "que el acusado absoluto o el que haya cumplido su condena, podrán obtener su libertad provisional bajo de finanzas, mientras se resuelvan los recursos ordinarios y extraordinarios que admite la causa. El Juez de primer grado concederá esta libertad, sea que la absolución o condenación se haya pronunciado en primera o segunda instancia".

Esta ley se halla complementada por la de 9 de Octubre de 1.977, que prescribe: "La disposición del Art. 2º de la Ley de 17 de diciembre de 1.908 se hace extensiva a los casos de sobreseimiento". Quedando en manos del instructor su consecion, sea que haya elevado el proceso a la corte o sea que todavía se encuentre en su juzgado. En todo caso el Tribunal de alzada no tiene facultad a los jueces instructores y del plenario conocer esta clase de solicitudes.

Los autores que conceden o niegan la libertad provisional, se entendió por la uniforme jurisprudencia, que no eran irrevocables. Lo que no se admitió fue modificar la calificación de auto cabeza de proceso para facilitar este beneficio. Por determinación del Art. 106 del Procedimiento Criminal no procede el beneficio de libertad provisional cuando el hecho que ocasiona persecución del procesado es delito infraganti, o cuando el delito denunciado merezca pena de muerte,extrañamiento, presidio u obras publicas. La Ley modificatoria de 6 de Octubre de 1.903 en su Art. 6º Preciso:

- Cuando el hecho que ocasione persecución del procesado es delito infraganti que merezca pena corporal, o cuando el delito denunciado merezca pena de muerte, presidio, extrañamiento u obras publicas, y exista contra el procesado indicio de culpabilidad, no se podrá conceder libertad provisional".

Otros casos que hacían improcedente la libertad provisional están determinados por el Art. 109 del Procedimiento criminal: "No gozaran del beneficio del Art. 107, en caso alguno, los vagos ni los que hayan sido condenados a pena corporal. conforme la ley de Policías de 11 de Noviembre de 1.896, del Art. 31, se consideran vagos:

1° A los que carecen de domicilio conocido.

2° A los que no tienen oficio, profesión, renta, sueldo, ocupación, o bien con que vivir.

3° A los ebrios consuetudinarios.

4° A los que piden limosna sin ser pobres mendicantes calificados por la Municipalidad.

El Art. 32.- Son mal entretenidos: 1° Los que concurren diariamente a casas de juego de embriaguez. 2° Los que viven de fraudes, engaños, hurtos, rateros, o de fomentar a los ladrones y tramposos. 3° Los que ocupan de corromper a hijos de familias, domésticos o dependientes. 4° Los que viven habitualmente del comercio inmoral o escandaloso. 5° Los que se titulan adivinos o hechiceros.

El Art. 10.- señala a los casos en que procede la libertad provisional, es decir, cuando el hecho merezca pena menor, el Juez Instructor en vista de las peticiones del procesado y oyendo las conclusiones del Fiscal, podrá conceder la libertad provisional, sea antes, a tiempo o después de la detención, mediante fianza que dará el procesado de presentarse a todos los actos del juicio, hasta la ejecución de la Sentencia, siempre que sea requerido.

Esta norma no obstante su falta de clasificación como medida cautelar esta referida a la coerción no como sanción penal sino como medida determinada para asegurar los propios fines del proceso, lo que le da el contenido de medida cautelar tal como se entiende ahora.

Tal supuesto esta también en relación a la fianza del haz, que fue definida por el código de Proceder Santa Cruz en su Art. 841: "La fianza del haz es un procedimiento solemne que una persona capaz de obligarse hace de la seguridad del reo, sujetándose bajo las penas respectivas a presentarlo en juicio, siempre que se lo mande la autoridad competente".

Esta definición esta acorde a la previsión del Art. 107, en el que el legislador ha previsto otra modalidad mas en el Art. 114, o sea que el fiador se hace responsable del monto de la fianza pecuniaria en caso de que el fiado hubiese sentenciado en contumacia.

El Art. 851 del Código Santa Cruz señala que todos pueden ser afianzadores, excepto los militares, los eclesiásticos, los funcionarios públicos, las mujeres y menores de edad.

El procesado podrá afianzarse así mismo, consignando la cantidad en que se fija la fianza, o dando una prenda o hipoteca de la misma suma, Art. 112 del Procedimiento Criminal.

El Decreto Supremo No. 4074, de 2 de Junio de 1.955, fija el mínimo de la fianza de Bs. 30.000.- en delitos de carácter privado, en caso de la pena pecunaria en mas de duplo y, en caso de que el daño causado por el delito es apreciable en dinero, se fija en el triple del valor del daño, con tal que no baje de Bs. 30.100.- (Treinta mil y cien Bolivianos).

Lo que dio causa a exagerar el monto del daño para impedir la procedencia de la libertad provisional. Tal triple fue motivo de muchas injusticias.

Según el Art. 115 del Procedimiento Criminal los bienes afectos a la fianza responderán:

1° Al pago de las costas y gastos ocasionados por el Ministerio Publico.

2° Al de la indemnizacion de daños y de las costas ocasionadas a la parte Civil.

3° Al de las multas impuestas al procesado. Otra medida cautelar de aseguramiento de los resultados del proceso es el embargo judicial a través de la anotación preventiva en Derechos Reales.

La calificación de vagos y malentretidos para la prohibición del beneficio de libertad provisional, responde a lo que Eugenio Raul Zaffaroni califica de "Las ideologías penales de la consolidación del poder del capital, en los países centrales y su crisis", señalando que la

nobleza, sino que hora su posición se hallaba en peligro por efecto del poder de los sectores mas carenciado, a los que no se pidió incorporar totalmente a su forma de producción industrial y que seguían concentrados en las ciudades. Necesitaba contener a esas masas de menesterosos y, al mismo tiempo, disciplinarlos para el trabajo en la fabrica, para poder incorporarlos, con muchas horas de trabajo y escaso jornal. (Que era lo que permitiría seguir acumulando Capital productivo).²

En el Código de Procedimiento Penal puesto en vigencia por el Decreto Ley N° 10426 de 23 de Agosto de 1.972, el titulo V del Libro II, referido a la Instrucción, se reglan las Medidas Jurisdiccionales, dignificado que esa complilacion de leyes se sustraen las medidas cautelares de las Disposiciones Generales, a diferencia de lo que se contempla en las legislaciones mas modernas. Al incluirlas después del capitulo de la Defensa del Imputado. Advierte la subsidiariedad de la coerción especial que representan las medidas cautelares se sujetan al aseguramiento de los resultados del proceso y marcan su contenido inquisitorio, sistema inquisitorio con mas nitidez, pero la cuestión tiene otra con notación y es que la fase del sumario en el proceso mixto es la fase principal del juicio penal, en la que se carga el curso del juicio, convirtiendo al plenario que se imagino hipotéticamente la fase principal del juicio, en la estación donde se ratifica lo que se había acumulado en diligencias de Policía Judicial y en el sumario.

Entre las medidas jurisdiccionales se asumen las de carácter real y las de carácter personal, incluidas aquellas que tienen por objeto evitar que se pierdan las pruebas.

La primera medida jurisdiccional esta prescrita en el Art. 190 y es de carácter real, la anotación preventiva de la querella o del auto inicial de Instrucción sobre los bienes de imputado, a fin de pre-cautelar la acción reparadora de daños y perjuicios emergentes del delito cometido.

² Manuel de Derecho Penal, pag. 235, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1.991).

La requisa tiene fines de aseguramiento, como la captura del presunto autor de los hechos delictivos, el secuestro de instrumentos y objetos que constituyen la prueba del hecho, secuestro de dineros, bienes o semovientes que hayan sido objeto del delito, ocupación de la correspondencia abierta o cerrada destinada al imputado.

El allanamiento esta previsto para los fines de la requisa, quedando su aprobación a cargo del juez competente y el arraigo del imputado es una medida cautelar de carácter personal, cuando existen razones fundadas de que el imputado no permanecerá en el lugar donde fuere procesado.

Otra medida cautelar de carácter personal es la detención preventiva que procede cuando el delito merezca pena privativa de libertad, cuyo máximo exceda de dos años y existan contra el imputado indicios manifiestos y graves de haberlo cometido (Art. 194). Tal medida la asume el Juez Instructor después de la indagatoria del imputado.

La Libertad Provisional es una medida cautelar personal que procede cuando el delito o los delitos estén reprimidos con pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de 4 años, también en favor del imputado sobreseido, en favor del acusado absuelto y del que hubiera cumplido su condena mientras se resuelvan los recursos ordinarios o extraordinarios que admita la causa, también en favor del procesado que por las demoras del juicio y aun antes de sentencia, hubiere sufrido, en calidad de detenido una pena equivalente por lo menos al termino medio de la señalada por la Ley al delito que se juzga. Procede igualmente en favor de los mayores de sesenta años, de las mujeres, de los menores de dieciocho años y de los religiosos, aun tratándose de delitos reprimidos con pena privativa de libertad, siempre que no sean peligrosas para la seguridad social. No procede la libertad provisional en casos de delito flagrante en los delitos sancionados con penas privativas de libertad de mas de cuatro años, en los casos de flagrancia cuando existieron indicios de culpabilidad contra el imputado y la pena a aplicarse exceda los cuatro años de privación de libertad, en los casos de reincidencia, delincuencia habitual, o en delitos de incendio, terrorismo, siempre que existan indicios de culpabilidad.

La Libertad provisional es concedida bajo la condición de prestar fianza de carácter real o personal. La fianza esta destinada al pago de costas causadas al Estado, a la indemnización de los años y perjuicios ocasionados al ofendido y al simplemente damnificado y al pago de multas que se impusieren al procesado (Art. 209).

También se admite la fianza del haz, pero tal fianza era admitida cuando el monto de la fianza no excedía de Bs. 13.000, teniendo el fiador del haz de responder hasta el monto que se hubiese fijado al afianzado. El auto que fijaba el monto de la fianza era elevada en consulta a la Corte, ocasionando retardación de justicia, lo que fue suprimido por la Ley de la fianza Juratoria.

La fianza juratoria mantendrá los requisitos de procedencia de la Libertad Provisional del Código de Procedimiento Penal de 1.072 y será junto a la Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales de 15 de Diciembre de 1.994, el antecedente de los cambios contenidos en el Nuevo código de Procedimiento Penal, en materia cautelar.

La Ley No. 1.685 de Fianza Juratoria contra la Retardación de justicia Penal al iguala que el Nuevo código de Procedimiento Penal, afirman que la "libertad personal podrá ser restringida en los limites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad, la actuación de los Tribunales de Justicia y el cumplimiento de la Ley".

"El arresto o la detención se ejecutaran de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o la reputación de los detenidos" (Art. 1).

Implícitamente reconocen que el arresto o la privación de libertad tienen un carácter restrictivo de la libertad de locomoción de las personas, o sea, que conforman a medidas coercitivas. Quien puede ordenar la detención preventiva es el órgano jurisdiccional (Art. 3) y siempre que existan elementos de convicción suficientes para sostentar razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible y participe de el, y demás:

1.- existan fundada presunción, por apreciación de las circunstancias del caso particular, que el imputado no se someterá al procedimiento o dificultara la averiguación de la verdad, o:

2.- continuara con actividades delictivas.

Tales supuestos advierten que la seguridad social entra a tomar primicia frente a la libertad de los individuos, mostrando que la medida cautelar no puede ocultar su carácter de resabio del sistema inquisitorio, menos su esencia coercitiva, contradiciendo la presunción de inocencia que subsiste teóricamente hasta el momento en que se dicta sentencia condenatoria. En la detención preventiva no se asume la prueba plena, apenas la convicción suficiente sobre la probabilidad de que el imputado es autor del hecho punible, apoyada en la presunción emanada de las circunstancias que rodean el hecho, de que el imputado no se someterá al procedimiento, o que dificultara la investigación, o que seguirá delinquiriendo. Queda en manos del Juez cautelar apreciar esas circunstancias y hacer un pronóstico de las posibilidades que se colocan en el paso de la balanza, actuando con convicción propia en un difícil cálculo de probabilidades, cálculo que exige, en todo caso, una importante formación metodológica y algo más que la lógica formal, porque requiere una mínima formación científica en la apreciación de los hechos.

La fianza juratoria busca descongestionar las cárceles y lugares de detención atiborrados de detenidos sin condena o reos que habían cumplido su condena, permitiendo que bajo una promesa jurada del encausado de cumplir las condiciones de comparecer ante la autoridad judicial las veces que se lo ordene, igual de concurrir a las audiencias debates toda vez que se los convoque y no cambiar de domicilio ni ausentarse del país, pidió salir en libertad.

La fianza juratoria representa que el encausado tiene en todo caso su libertad restringida, sujeto a arraigo y bajo la compulsión de acatar las ordenes de comparendo que le

haga la autoridad judicial. Aunque mitiga los efectos penosos de la privación de libertad no deja de ser una medida coercitiva, restrictiva de la libertad de locomoción.

En el Art. 8 de la Ley de fianza Juratoria se determina los casos en que procede. como ser la presunción de que a momento de dictarse sentencia procederá la suspensión condicional de la pena en favor del encausado en caso de estado de pobreza motivando fundamentalmente que el encausado no este en condiciones de cubrir fianza real o personal, cuando le favorece una libertad provisional.

Sin embargo, el aspecto mas relevante es que la fianza juratoria es un instrumento contra el PERICOLO IN MORA, una forma efectiva de combatir la retardación de justicia, autorizando al juez de oficio para disponer la libertad provisional, al faltar auto final de instrucción habiendo transcurrido 180 días de privación de libertad del imputado, o cuando han transcurrido mas de 18 meses de privación de libertad del imputado, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, o si han transcurrido mas de cuatro años de privación de libertad del procesado sin haberse dictado sentencia condenatoria que haya adquirido la calidad de cosa juzgada, o cuando la detención preventiva hubiese excedido el tiempo de condena que hubiere correspondido por el delito que se juzga, siempre que el mínimo no sea inferior a los 180 días. También procede en favor del acusado absuelto y del hubiese cumplido su condena o se encuentra en condiciones de beneficiarse con la libertad condicional, cuando la sentencia estuviere pendiente de recursos ordinarios o extraordinarios.

Tales casos en que procede la fianza juratoria representan una sanción contra la retardación de justicia y expresan la idea de la perdida de competencia para sancionar por haber perdido el tiempo que la ley ha otorgado al órgano jurisdiccional en el cumplimiento de su función juzgadora. El criterio legal se sustenta en el pensamiento funcionalista que es acogido por el derecho contemporáneo después de la II Guerra Mundial.

Aunque el trabajo finca su atención en un tema del derecho Procesal Penal y de manera particular en las novicimas concepciones que se mueven en la doctrina referida a la

coerción orientada a asegurar los fines propios del proceso, no es menos cierto que el esfuerzo investigador en la ciencia del derecho Penal no solo ahora sino en el tiempo esta orientada por la elaboración de una teoría jurídica del delito, entendiendo que la infracción penal constituye el presupuesto fundamental de la norma jurídica. Tal constatación inspira a examinar aunque sea en resumen "aquellas concepciones que han influido en las últimas tendencias sistemáticas y que sirven como punto de referencia y contexto para su actual entendimiento".³

En la doctrina alemana, al examinarse las corrientes doctrinales aparecidas en las dos últimas décadas, Bernard Schunemann señala que en la segunda mitad del siglo XX dominaron dos planteamientos doctrinales, la sistemática objetiva Neokantiana y la teoría de la acción final desarrollada fundamentalmente por Hans Welzel, señalando que en Alemania y el España ha sido de importancia destacada la influencia de la sistemática finalista. En las tesis Welzelianas se considera que el dolo forma parte del tipo y no de la culpabilidad.

"Junto a esta tendencia posfinalista, en el país germánico se ha ido desarrollando otra dirección del pensamiento jurídico-penal iniciada por Roxin a principios de los años sesenta, denominada por algunos de sus seguidores con el calificativo de racional-funcional que intenta definir el sistema de Derecho Penal atendiendo a criterios teológicos marcados por decisiones de carácter político-criminal."⁴

El propio Roxin ha advertido sobre el esfuerzo de síntesis del neoclacismo y del finalismo emprendido en Alemania con distintas variantes. Así, se cita que Armin Kaufmann y Zielinski, a tienden exclusivamente al desvalor de la acción como fundamento del injusto, es decir, la auténtica lesión opuesta en peligro del bien jurídico, quedaría notablemente reducida en su consideración conceptual, como mera condición objetiva de punibilidad.⁵

³ Algunos Planteamientos dogmáticos de la Teoría Jurídica del Delito en Alemania, Italia y España, Emiliano Borja Jiménez. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, Pag. 595).

⁴ Emiliano Borja Jiménez, obra citada, pag. 597).

⁵ Jescheck: Ibedem; Hirsch: El desarrollo de la dogmática penal después del Welzel, Pag. 32 y 33.

Resumiendo, la tendencia germánica predominante se inclina por la aceptación de las deducciones dogmáticas mas importantes del finalismo, traslación del dolo y del deber objetivo de cuidado a la tipicidad, concepto personal del injusto, reducción del ámbito del juicio de culpabilidad.⁶

La doctrina causalista aun mantiene terreno, la misma que fue fundada por Von Liszt del siglo XIX y que definía el delito como "actos contrario al Derecho, culpable y sancionado como una pena". El centro de esta definición la constituía el acto, la acción entendida como un proceso causal, como un movimiento corporal que producía un cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos.⁷

En la dogmática penal alemana, la evolución que sufre el originario sistema de Liszt y Beling esta caracterizado por el intento de referir a valores las categorías de la teoría general del delito, que es debido a la influencia manifiesta de la teoría Neokantiana, en el afán de sustituir el formalismo positivista por un positivismo teológico referido a valores.

En Hanz Welzel su punto de partida es la vinculación del derecho a las estructuras lógico-objetivas, o sea a las que aparecen en la realidad y, "la ciencia del Derecho Penal tiene que partir siempre del tipo... pero luego debe ir mas allá y descender al ámbito de lo ontológico, de lo previamente dado". Para este autor el ámbito de lo ontológico que es la base de la Ciencia del Derecho Penal no puede ser otro que el concepto de acción: pero este concepto de acción no es ya un concepto causal, sino final.

La acción ontológicamente considerada es, según a Welzet, "ejercicio de actividad final".

La primera consecuencia sistemática que Welzet infiere del concepto final de acción es la pertenencia del dolo al tipo, ya que el dolo no es mas que un aspecto o parte de la finalidad,

⁶ Emiliano Borja Jiménez, *Obra citada*, Pag. 599).

⁷ Francisco Muñoz conde, *Derecho Penal*, Pag. 191).

o mejor dicho, la finalidad misma referida a los elementos objetivos del tipo, conforme afirman a Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran en su libro ya citado.

Otra consecuencia que resulta del concepto final de acción aparece en el concepto del autor de los delitos dolosos que ya solo puede ser aquel que tenga el dominio final del hecho y no simplemente el que interponga alguna causa en la producción del resultado.

Los autores citados dicen que esta concepción empieza a fallar en los delitos imprudentes, porque en estos delitos la finalidad perseguida por el autor es irrelevante. porque en este tipo de delitos el concepto causal de acción en el que lo decisivo no es lo que el autor quiere, sino la causación de un determinado resultado prohibido. Se dice que la acción seguía siendo final, pero que aquí la finalidad no era real, sino potencial.

En la década del 60 del siglo pasado, un grupo destacado de penalistas Alemanes se propuso superar el planeamiento puramente sistemático que había dado esplendor hasta entonces a la Ciencia Penal alemana.

Claus Roxin es la penalista destacado de esta tendencia que, en una monografía publicada en 1.970 "Política Criminal y sistema del Derecho Penal", propone desarrollar y sistematizar las distintas categorías de la teoría del delito desde la visión de su función político criminal.

Para este autor la tipicidad sería, junto a la plasmación técnica del principio de legalidad, la expresión de la finalidad preventiva general y motivadora del comportamiento humano que pretende el legislador amenazando con pena los comportamientos descritos en el tipo penal.

La antijuricidad respondería a la elaboración y jerarquización e principios ordenadores de la convivencia social; y la culpabilidad más que responder a que si el sujeto pudo obrar o no a como lo hizo, lo que importaría sería, si desde el punto de vista de los fines de la pena y,

por tanto preventivamente, es necesario hacer responsable penalmente al que ha cometido un hecho típico y antijurídico.

Los tratadistas españoles destacan el aporte de Roxin señalando como excepcional su tratado de parte General (1.992), donde ha desarrollado temas como la imputación objetiva, la culpabilidad fundamentada preventivamente, la autoría, la imprudencia, etc.

Entre los esfuerzos de sistematización de los distintos caracteres del delito, Eberhard Schomidhauser⁸. Toma como premisa fundamental el criterio teleológico de ordenación marcado por la consecuencia jurídica. Así, de manera, intenta una superación de la tesis causal y final de acción. Con tal propósito los elementos de la estructura del delito se interpretan en atención a la función que prestan en orden a la ulterior determinación de la pena "justa". El criterio rector parte del reconocimiento de la relación material entre el hecho penal como idea rectora de la construcción sistemática. La estructura del delito esta conformada por tres conceptos fundamentales: injusto típico, culpabilidad típica y necesidad de pena, también típica. Para este autor alemana la concepción del dolo en dos componentes fundamentales: componente volitivo, que se sitúa en el injusto ("sin voluntad no existe acción"), y componente intelectual o cognoscitivo, que abarca tanto la comprensión del comportamiento como la conciencia de la significación antijurídica de ese hecho que se traslada al ámbito de la culpabilidad.

El planeamiento funcionalista de la teoría del delito, parte desde el punto de vista de su funcionalidad para el sistema social de convivencia. Autores españoles como Francisco Muñoz conde destacan a Gunter Jakobs como su principal representante⁹. Mas recientemente, otros autores españoles como Emiliano Borja Jiménez incluyen a Roxin dentro de esta tendencia que esta guiada principalmente por criterios de prevención general (es decir, a raíz de la teoría de los fines de la pena).

⁸ Citado por Emiliano Borja Jiménez, Obra citada, Pag. 603).

⁹ (Gunter Jakobs, Tratado, 1.984).

Destacan que el programa de Roxin se orienta a un intento de conjugar el desenvolvimiento dogmático de la teoría jurídica con la política criminal (es decir no solo centrado a los fines de la pena, sino a los fines del Derecho Penal). Para los mentores de la teoría funcionalista, se niega el principio clásico que sitúa la función del Derecho Penal en la mera protección de bienes jurídicos, en la medida en que la lesividad social es algo más que la violación de valores ideales.

La concepción funcionalista se sustenta en que el Estado solo puede castigar aquellas acciones que presentan ciertas lesividad social, de tal forma que el Derecho Penal tiene encomendada la tarea de dirigir su actividad en orden al establecimiento y protección de las condiciones necesarias que posibilitan el mantenimiento de la vida humana en comunidad. En esta misión del Derecho de asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función, el derecho punitivo es parte del sistema y sostén del sistema, recogiendo las concepciones de Personae y de Malinowski.

La revista doctrinal cumplida someramente permite examinar la orientación del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, sobre la tendencia o principios jusfilosóficos que sustentan tales cuerpos legales.

El Art. 13 del Código Penal nos conduce a un primer reconocimiento apoyado en que el tema esencial del Derecho Penal es la pena, sobre que el legislador se ha inspirado en la doctrina finalista al normar que no hay pena sin culpabilidad, entendiendo que la acción le es reprochable penalmente al autor del hecho. Siendo categórico en normar que la culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena. Pero, un examen pormenorizado de la parte especial nos induce en otro sentido haciendo incapie que el desvalor del resultado no ha perdido relevancia como era posible suponer, mas al contrario, en los tipos penales expuestos especialmente, no solo están los tipos delictivos de peligro, sino aquellos referidos al desvalor del resultado. Es muy larga la cita de artículos del Código Penal que nos ilustran sobre esta materia donde

aparece la causacion, es decir, el cambio que el hecho punitivo ocasiona en la realidad que no rodea ocasionando un resultado.¹⁰

En el pensamiento de Eugenio Raul Zafaroni el concepto de pena es el concepto "originario" a partir del cual "puede establecerse deductivamente todo el sistema penal y todo el mundo conceptual del derecho penal", citando a Eb. Schmidt. Para el autor la doctrina retributiva parte del reproche de culpabilidad, puesto que al hechor puede exigirsele otra conducta conforme al derecho. Para los autores de la teoría retributiva de la pena, la pena tiene la medida de la culpabilidad.

Al contrario, "cuando se pretende que el hombre es un ser que solo se mueve por causas, es decir, determinado, que no goza de posibilidad de elección, que la elección es una ilusión pero que, en realidad siempre actuamos movidos por causas sin que nuestra conducta se distinga de los restantes hechos de la naturaleza, no habrá lugar para la culpabilidad en esta concepción". Esta concepción se expresara en el Derecho Penal de peligrosidad, para la cual la pena tendrá como objeto (y también como único limite) la peligrosidad".¹¹

¹⁰ Sin agotar el tema podemos señalar que el desvalor del resultado y la causacion están contemplados en los artículos del Código Penal que son:

De peligro: 130, 132 bis 134, 210, 211, 213.

Desvalor de resultado. 156, 198, 199, 200, 201, inc. 2). 202, 206, 207, 215, 216 Numerales 1, 6, 7, 9, 218 inc. 4). 227, 232, 233, 237, 238, 244 inc. 3) y 4). 250 inc. 2). 252 numeral 6, 256 inc. 2), 261, 264 inc. 2), 266, 270 numerales 1 a 6, 252 numeral 6), 256 inc. 2). 261, 264 inc. 2), 266, 271, 277, 278, 279, 295.

¹¹ Eugenio Raul Zaffaroni, Manuel de Derecho Penal. Pag. 75.

CAPITULO II

FUNDAMENTOS CONCEPTUALES, TEÓRICO Y DOCTRINALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE SUSTENTAN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

El tema de las medidas cautelares en el proceso penal se halla inserto en la contravención a una norma de deber penal, que culmina con la aplicación de la coacción penal material, soluciones diversas, para ámbitos acotados de delitos, tendentes a sustituir la coacción penal. En la búsqueda de soluciones de reemplazo se encuentra la crisis de la pena estatal y de la propia justicia penal.¹² Se habla de un sistema de selección de casos y se toca el punto de vista político-criminal. Sin descartar el criterio de igualdad ante la ley, hay dos argumentos a los que se atribuye carácter incontastable: en primer término, de la necesidad político-jurídica del juicio público referido al ejercicio de la coacción penal estatal y la aplicación consiguiente de una pena, que en la generalidad de los casos resulta ser privativa de libertad, sin prescindir de la absolucón o las vías alternativas y, en segundo término, la inclusión de soluciones abreviadas para el Derecho penal de bagatela. En el fondo de tal accionar se encuentra el carácter subsidiario del Derecho penal, donde la pena estatal es la *última ratio* de la política social. Cuando se habla de política en cualquiera de sus sentidos se toca un accionar más que una fundamentación de principios, porque ello conduce a examinar principios tales como el de oportunidad, incluidas las vías alternativas de solución de conflictos, la despenalización y la preocupante situación jurídica de la crisis de las condenas de privación de libertad.

Sin ingresar todavía a examinar los fundamentos filosóficos del Derecho penal material y del procesal penal, el principio de proporcionalidad es el fundamento del sistema cautelar.

¹² Julio B. Maier. Problemas Procesales en América Latina. p. 39 Corporación de Promoción Universitaria, Stgo. De Chile, 1993.

Reafirmando que el núcleo del enjuiciamiento penal y su culminación es el juicio público, entendido como un proceder que legitima el uso de la pena estatal, que en todos los sentidos importa consecuencias jurídicas de extrema violencia en su carácter sancionador, la persecución penal pública encuentra su principal escollo en la fase denominada preliminar de instrucción preparatoria, porque entran en juego los resguardos y garantías que debe asegurar el Estado de derecho al imputado y que inocultablemente son puestos en peligro en este periodo del procedimiento.

El conflicto se suscita cuando se observa la eficiencia de todo procedimiento penal, donde aparecen dos sistemas de medidas diferentes y que a veces se contradicen, por un lado, eficiencia, significa éxito de la persecución penal que culmina con la condena del autor y, por otro, la vigencia de un sistema de resguardo y garantías para quien sufre la imputación de autor. El desafío emerge como una exigencia para el procedimiento penal, afirmando un sistema eficiente que cubra el éxito de la persecución penal pero al mismo tiempo resguarde y garantice los derechos constitucionales del presunto autor de delitos.

En las cuestiones que surgen sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal, está lo que conviene regular para la actividad coercitiva del procedimiento penal, entendiendo lo que se debe disciplinar jurídicamente en dicho campo y cuales son los límites que el orden jurídico impone al respecto. Se trata de definir una cuestión desde el punto de vista dogmático y no de punto de vista político. Entonces, la tarea está en la definición del marco fundamental a partir de la propia Constitución Política del Estado.

La Constitución Política del Estado es la piedra fundamental del Estado social de derecho, porque tal cuerpo de leyes no solamente consagra los principios civiles individuales sino también lo de carácter económico y social y aún, después de la reforma última, aquellos referidos a los derechos de las etnias o pueblos originarios.

La libertad de locomoción de las personas es un derecho individual que garantiza la CPE, Art. 9°. La privación de la libertad de locomoción es una de las formas más difundidas e

importa antes de la sanción penal, en principio sólo a título de pena puede ser impuesta y por infracción a norma penal. Sin embargo de ello, dicha privación de libertad permite la CPE con anterioridad a la pena previa orden judicial escrita o en casos excepcionales, como medida precautoria pero no sancionadora, Arts. 10º, 11º, 15º. Si en derecho penal material la sanción busca determinados fines como el de enmienda y readaptación social del delincuente y el cumplimiento de fines preventivos en general y en especial, Art. 25 de Código Penal, en derecho procesal penal no involucra reacción ante nada, sino solamente protección de los fines que el proceso persigue subordinados a la eficaz actuación de la Ley sustantiva¹³. Entendiéndose que la coerción procesal nada tiene que ver con la atribución sancionatoria, contribuyendo mas bien a construir la estructura de las medidas cautelares. Esta construcción no importa una simple definición política, sino es una estructuración dogmática referida a la interpretación del mandato constitucional.

No entendemos que la sanción penal sea una retribución, así también lo afirma el Art. 25 ya citado del Código Penal, contra la persona a quien se le atribuye un delito persiguiéndola para la posible aplicación de la pena, pero dicha persona a quien se le imputa un delito es jurídicamente un inocente hasta tanto una sentencia emanada del órgano constitucional competente (Juez natural) lo declare culpable y lo someta a la ejecución de la sanción penal. Art. 16 en relación al 116 de la CPE y el régimen garantista de los Arts. 18 y ss. de la CPE . Resulta, pues, que la privación de libertad durante el proceso es de naturaleza distinta y persigue otros fines que la pena. La custodia preventiva durante el proceso busca cumplir los fines que el proceso persigue, como ser la reconstrucción histórica de los hechos que se juzgan y que con objeto de imputación criminal, además de imponerle al imputado su sometimiento al juicio. Entonces, el fundamento constitucional de las medidas de coerción en el proceso penal fuera de su explicación política, parte del reconocimiento del estado jurídico de inocencia que garantiza al imputado. El carácter cautelar tiende a evitar que se frustre la posibilidad de reconstruir debidamente los hechos históricos que se enjuician, lo que haría fracasar el procedimiento emprendido y burlar la

¹³ Cuestiones Fundamentales sobre la Libertad del Imputado y su Situación en el Proceso Penal, Julio B.J. Maier, Ed. Lemer Editores Asociados, 1981, p. 23.

sanción posible con la fuga del imputado. Tal carácter cautelar elimina la mínima posibilidad de anticipo de pena. La averiguación de la verdad y la actuación de la ley deben ser aplicadas con la más estricta necesidad porque cualquier exceso importaría pena anticipada, lo que atenta contra el principio de inocencia, consagrado constitucionalmente, fuera de carácter esencial que asume en el régimen democrática representativo de gobierno.

Reconociendo que las medidas cautelares son una fuerza de coerción dentro del proceso que importan la aplicación de la fuerza pública, es menester diferenciar de la coerción que es la sanción penal. Sin ingresar en el debate que hay en derecho penal sobre la pena, a modo de sanción por el incumplimiento o infracción de un deber jurídico, la coerción en el proceso penal tiene el fin de poder llevar a cabo con éxito la actividad tendiente a comprobar una infracción correspondiente. Coerción significa utilización de la fuerza para lograr determinados fines. En el derecho se utiliza la fuerza pública para sancionar el incumplimiento al deber que impone la norma jurídica determinada.

En cambio, la coerción del proceso penal, es aquella particular practicada antes de la decisión de un juicio de conocimiento que no representa la sanción a la desobediencia del orden jurídico, sino una garantía del realización efectiva del derecho material que necesita, ineludiblemente, que los fines del proceso se cumplan.

CAPÍTULO III

SENTIDO Y ALCANCE DE LA MEDIDA CAUTELAR PARA ESTANDARIZAR LA APLICACIÓN EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

En el nuevo Código de Procesamiento Penal, el contenido de las medidas cautelares está referido a los fines que persigue el procedimiento penal, pero también expresa sus límites.

Las medidas cautelares, especialmente las de carácter personal, tienen repercusión indiscutible sobre la privación de libertad durante el proceso, afectando al principio de inocencia consagrado en el Art. 16 de la CPE. No obstante la orientación garantista de la organización institucional del país, no quedan de lado totalmente las ideas inquisitivas, plasmadas en la persecución oficial, indisponibilidad del contenido sustancial del proceso, aunque se establece un límite al Estado en su poder de perseguir a fin de proteger a la dignidad del individuo y sus derechos frente al poder público. Con este criterio el art. 7° del nuevo Código de Procedimiento Penal, sienta el principio de la aplicación excepcional de las medidas cautelares o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado. Al explicar la finalidad de las medidas cautelares, el Art. 221 de este cuerpo adjetivo de leyes, fija los límites, que están restringidos a lo indispensable para la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la Ley. Referencias que tienen relación con la temporalidad, la proporcionalidad y el principio de inocencia. La Constitución política del Estado en su Título Segundo, al establecer el régimen de garantías de la persona está permitiendo algunas medidas cautelares como el arresto, la incomunicación, la aprehensión del delincuente sorprendido “in fraganti”, pero, al mismo tiempo entra a reglamentar las garantías de la persona frente a la autoridad, consagrando también los remedios y recursos urgentes para asegurar la libertad de las personas, Art. 18 y 19 de la CPE.

Las medidas cautelares de carácter personal están reglamentadas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, advirtiéndose que se aplicarán con carácter restrictivo y se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados (Art. 222°). Las de carácter civil están previstas en el Código de Procedimiento Civil y se impondrán únicamente en los casos expresamente indicados en el CPP.

Bajo el entendido que la coerción en el proceso penal es la aplicación de la fuerza pública, pero que no es sanción penal por infracción o incumplimiento de un deber jurídico, sino a fin de cumplir con éxito la actividad dirigida a comprobar una infracción hipotética objeto del proceso. La sanción penal está referida a los fines de la pena, en tanto que la coerción que implica la medida cautelar no involucra reacción ante nada, sino solamente protección de los fines que el proceso persigue subordinados a la actuación eficaz de la Ley sustantiva.

Afectando a la libertad del imputado tenemos la *presentación voluntaria*. Dicha medida no implica una privación de la libertad manifiesta, pero sí una limitación, porque el imputado está presto a declarar, a pedir que se mantenga su libertad o se manifiesta sobre la aplicación de una medida cautelar (Art. 223 CPP)

La *citación a comparecer*, impone al imputado la obligación de concurrir al Tribunal (Art. 224 CPP) es una medida limitativa en cierta forma de la libertad, porque impone al imputado la obligación de concurrir, es decir, que ya no se trata del ejercicio de un derecho dispositivo civil.

El arresto como medida cautelar importa que en el primer momento de la investigación sea imposible identificar a los autores, partícipes o testigos y dada la urgencia de no perjudicar la investigación, el fiscal o la policía podrán disponer que los presentes no se alejen del lugar, no se comuniquen entre sí antes de informar, si se modifique el estado de cosas y de lugares y, de ser necesario, ordenarán el arresto de todos por un plazo no mayor de ocho horas (Art. 225). Como coacción que limita la libertad de los presuntos imputados con fines de averiguación, permite que el fiscal o la policía ordenen el arresto de los presuntos

implicados en un hecho, medida extraordinaria que no puede prolongarse más allá de las ocho horas, es decir, de breve temporalidad.¹⁴

La fiscalía puede ordenar la *aprehensión* de una persona cuando sea necesaria su presencia y existan suficientes indicios de que es autor o participe de un delito de acción pública, cuya pena privativa de libertad sea mayor a dos años y pueda ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar u obstaculizar la averiguación de la verdad.

La persona aprehendida debe ser puesta a disposición del juez en el plazo de veinticuatro horas (Art. 226 CPP).

La policía puede aprehender a toda persona en caso de ser sorprendida en el delito “in flagrante”, cuando haya fugado estando detenida, en cumplimiento de orden de detención emanada de tribunal competente o de orden emanada de fiscal.

En tales casos la policía debe poner al detenido en manos de la Fiscalía en término de ocho horas (Art. 227° CPP).

Acorde con el mandato constitucional, cualquier persona puede aprehender a un delincuente sorprendido en el momento de cometer el delito (Art. 229° CPP)

La *incomunicación* es otra medida coercitiva que puede ser impuesta por el fiscal en caso de motivos que hagan temer que el imputado obstaculizará la investigación de los hechos. La incomunicación no puede exceder el término de 24 horas y no impedirá que el imputado sea asistido de su defensor (art. 231 CPP)

La *detención preventiva* sólo podrá imponerse una vez realizada la imputación formal y quien la dispone es el juez a pedido del fiscal o querellante (Art. 23° CPP)

¹⁴ T. B. Maier Julio, Pág. 15 Coerción Personal del Imputado.

Los requisitos para la detención preventiva están contenidos en dicho artículo, exigiendo que el juez llegue a comprobar la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor partícipe de un hecho punible y, la existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.

Tales requisitos ponen conceptualmente en entredicho, quiérase o no, el principio de inocencia, que se entiende regir hasta que se dicta sentencia de condena. Pero, a pesar de la vocación garantista en precautela del principio de libertad, en la detención preventiva, vuelve a abrirse paso al principio de seguridad, que ha sido el dominante en el inquisitivo. Podrá afirmarse que la coerción está para asegurar los fines propios del procedimiento, pero, la detención preventiva que se sustenta en el principio de proporcionalidad, obliga a considerar la relación con sanción penal, o sea, con los fines de la pena, la persecución oficial y la indisponibilidad del contenido sustancial del proceso, porque este artículo 233° CPP, al establecer los requisitos de la detención preventiva, dado su carácter coercitivo de restricción de libertad manifiesta, requiere la presunción de culpabilidad, ya no la de inocencia, sobre la autoría o participación criminal del imputado. Queda claro que en la detención preventiva para asegurar los fines propios del proceso, no puede desligarse de los principios que rigen el derecho penal material, reafirmandose el carácter subsidiario del procedimiento ante el derecho penal sustantivo, aspecto que conturba al principio de inocencia frente al de la seguridad proveniente del inquisitivo y que aún se mantiene.

La *detención preventiva* importa la dictación de un auto que es de competencia del juez o tribunal del proceso y tiene un contenido formal explicitado por la Ley, Art. 236° del CPP, en el que se identifica al imputado y si se ignora, los datos que sirven para identificarlo, la enunciación sucinta del hecho o de los hechos que se le atribuyen y el lugar de su cumplimiento.

La medida comporta un verdadero estado de privación de la libertad locomotiva o física que tiene un plazo temporal de duración, teniendo en cuenta que el vencer, el juez debe

definir la situación del imputado en el procedimiento ordenado la cesación de la privación de libertad. Art. 239° CPP; cuando nuevos elementos 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; o cuando su duración exceda los dieciocho meses sin que se haya dictado sentencia o de veinticuatro meses sin que ésta hubiese adquirido la calidad de cosa juzgada.

La detención preventiva es la medida de coerción procedimental que más afecta adversamente la libertad física del imputado. Como presupuesto tiene un cierto grado de desarrollo del procedimiento y del conocimiento del juez, exigiéndosele la realización de la imputación formal como presupuesto formal. Como presupuesto material se exige una decisión de mérito del juzgador sobre la imputación objeto del proceso, es decir, haberse cumplido el primer contradictorio procesal, estableciéndose como probables todos los elementos de la imputación delictiva, esta decisión en los códigos más modernos sólo procede cuando ella afirma la existencia de una acción reprimida con pena privativa de libertad que exceda en su máximo los dos años, en el caso boliviano los tres años. (Art. 232° inciso 3 CPP)

Otras medidas cautelares personales que importan limitación a la libertad física aunque no de manera manifiesta y que no deben confundirse con medidas de seguridad, son:

La detención domiciliaria, la obligación de presentarse al juez, prohibición de salir del país y otras formas de arraigo, prohibición de concurrir a determinados lugares, prohibición de comunicarse con determinadas personas, fianza juratoria personal o económica (Art. 240 CPP)

En Bolivia a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Argentina no hay jurisprudencia sobre que la excarcelación procede como garantía constitucional, y no por simple concesión de la ley penal de forma: “la prisión preventiva o privación de libertad del encausado no tienen más objeto que asegurar la aplicación de la pena atribuida por ley a una infracción y

si esta seguridad puede en casos obtenerse por otro medio, como la fianza de cárcel segura, compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva y menos gravosas para el encausado que tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, puede decirse, además, que esa garantía del derecho individual se funda en la Constitución porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones (Art. 33 CN)¹⁵

¹⁵ Fallos 102 -225

CAPITULO III

SENTIDO Y ALCANCE DE LA MEDIDA CAUTELAR PARA ESTANDARIZAR LA APLICACIÓN EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

El examen de las medidas cautelares como coercibles y restrictivas, en su definición doctrinal y afirmación normativa jurídica, nos aproxima a su explicación conceptual apoyada en la lectura subliminal, que nos lleva sin falta al fondo filosófico que inspira el avance científico del derecho penal material y del derecho procesal penal desde la década del sesenta del siglo pasado.

Los nuevos paradigmas que ha traído el avance científico tienen su reflejo en la normatividad jurídica, entendiendo como norma jurídica determinada no a artículos o preceptos legales que son apenas su expresión fragmentaria, sino como expresara en su esquema elaborado Félix Kaufmann (Logik Und Rechtswissenschaft), “como construcción resultante de la interpretación integral de un orden jurídico y nos dirá cuando una persona en una situación determinada *debe* comportarse de cierta manera (precepto primario) y, ante la inobservancia de esa regla, cuando y cómo los órganos del Estado aplicarán la sanción prevista para ese incumplimiento (precepto secundario)¹⁶

Recogiendo en primer lugar, el avance del procedimiento penal es destacable puntualizar los principios del procedimiento penal, que son el de defensa y el contradictorio.

Los principios del procedimiento penal de defensa y contradictorio asumen un carácter instrumental y de índole abstracto. En 1960 se opera un giro al derecho laico como resultado de la crisis operativa del sistema procesal, expresado en el principio de la proporcionalidad y el de la intervención del Estado. El Derecho que se concibe desde la

¹⁶ Sebastián Soler, Derecho Penal Argentina, Fontan Balestia Ed. Depalma, Bs. As. 1956 TI, p. 3

perspectiva de la legalidad del derecho material, es la ofensividad, pero no sólo de tipo penal, porque la ofensividad es en relación a la sociedad, exigiendo, por ejemplo, el protagonismo de la víctima, es decir, cambiando la relación vertical que el proceso tenía en función a la víctima por una relación horizontal.

Insistiendo en el *principio de selección*, tocamos el sentido actual de la potestad punitiva y del proceso penal, entendiendo que el “*ius puniendi*” o derecho de castigar es un atributo del poder político, configurándose en el Estado Democrático y Social de Derecho como una potestad exclusiva de naturaleza pública, y de titularidad estatal, cuyo origen es el *derecho de defensa* que corresponde primariamente a la persona y secundariamente a la sociedad, para repeler las agresiones ilegítimas contra las reglas elementales de la convivencia¹⁷

Para este autor el ejercicio de dicha potestad responde a criterios idóneos de política criminal, traducidos en normas que establecen delitos destinados a proteger los bienes jurídicos en normas que establecen delitos destinados a proteger los bienes jurídicos, que efectivamente merezcan tal conceptualización, referidos a derechos fundamentales básicos. En este entendido reafirma que el Derecho Penal sólo debe aspirar a proteger los valores nucleares de la convivencia social, por lo que la doctrina penalista propugna el llamado principio de intervención mínima, que obliga a una cuidadosa selección y ponderación de los bienes jurídicos que deben protegerse.

No todos los casos van a parar al derecho penal porque se proporcionaliza y se racionaliza la intervención del Estado, partiendo del criterio que no siempre será necesario el proceso penal. “Un sistema de selección de casos resulta, así necesario, desde el punto de vista práctico, y recomendable, desde el punto de vista político-criminal. Para elaborarlo es útil tener presente, a más del criterio de igualdad ante la ley, dos argumentos incontestables: en primer lugar, que la necesidad político-jurídica del juicio público se refiere al uso de la coacción penal estatal, a la aplicación de una pena (condena), y, prácticamente, a la pena

¹⁷ Almagro Nosete José, Justificación del Proceso Penal, p. 31)

privativa de libertad, máxima expresión del sistema (excluimos, adrede la pena de muerte) no así, por el contrario absolución o a las alternativas que significan prescindir de ese remedio para la solución de conflictos sociales, en principio de índole penal, para acudir a otras soluciones (diversión), en segundo lugar el aforismo *mínima non curat praetor*, que puede incluir soluciones abreviadas para el Derecho penal de bagatela. Ello se compadece, por lo demás, con el carácter subsidiario del Derecho Penal: penal estatal = *última ratio* de la política social¹⁸.

En ese entendido la participación oficial es relativizada y la investigación oficial es flexibilizada, operando siempre que el delito sea perseguible de oficio. El ejercicio de la acción penal pública no es siempre obligatoria por razones de conveniencia social, resultando que frente al *principio de legalidad* existe ahora el *principio de oportunidad reglada*. El que no ejercite obligatoriamente el Estado la acción penal, importa el potenciamiento del Ministerio Público, quién puede manejar varios criterios de examen, incluyendo razones de Estado, derecho de la víctima o de la familia. Tal potenciamiento advierte que el Ministerio Público no sólo responde a la legalidad, sino porque no decirlo, a la discrecionalidad.

“El proceso es una herramienta para la aplicación de la ley penal, sin la cual no tendría sentido, pero más que eso, es una herramienta de garantías, frente a la aplicación de la ley penal, para evitar que ella sea arbitraria, desde lo fáctico y lo jurídico”¹⁹

Lo que pone en movimiento a la Ley penal es la acción penal y su ejercicio está disciplinado por el principio de legalidad, que recibe también otras denominaciones como “obligatoriedad”, de “oficialidad”, de “necesidad”, de “legalidad procesal”, de “indispensabilidad”, y de “indiscrecionalidad” y se traduce en que el Ministerio Público tiene la obligatoriedad de promover y dirigir la investigación de cualquier hecho que revista

¹⁸ Reformas procesales en América Latina, Corporación de Promoción Universitaria, Stgo. De Chile, 1993. Julio B. Maier, Pág. 39.

¹⁹ José Ignacio Cafferata Nores. El juicio oral (alternativas para evitar su colapso) Pág. 168.

caracteres de delito de acción pública y de someter a proceso a quien pueda imputarse ese hecho. Para Armenta Deu, el principio de legalidad es el complemento imprescindible del sistema de acusación oficial²⁰.

La significación política del principio de legalidad está en la garantía que el Ministerio Público ejercerá la acción cuyo titular original y natural era la víctima del delito, así como de control, a través de la jurisdicción, sobre dicho ejercicio²¹

En la actualidad, incluido el CPP boliviano, la tendencia que se abre paso es la de romper ese monopolio que algunas legislaciones contenían, como la costarricense, código de 1973.

La doctrina que importancia le atribuye al principio de legalidad, res una cuestión que provoca varias respuestas: 1) hace que la ley penal tenga afecto preventivo en tanto que la amenaza de la sanción es altamente probable en todos los casos. Es el carácter motivador de la pena, dentro de una concepción finalista; 2) genera seguridad jurídica en la ciudadanía, pues refuerza el principio de igualdad de los hombres ante la ley, recogiendo los principios sustentados por Hobbes y Locke; y 3) respeta el principio de división de poderes, formulado por Montesquieu, estamos pues, ante los principios del juracionalismo. En el plano procesal se agrega que valoriza el juicio oral y la publicidad en el procedimiento penal, al garantizar la prosecución del proceso hasta su natural culminación, la sentencia; y, posibilita la distinción entre la intervención policial, regida de hecho por el principio de oportunidad, y la primera fase del proceso. Sus inconvenientes se refieren a: 1) Obliga a la persecución de todos los delitos, contribuyendo al congestionamiento del aparato represivo; 2) impide que la actividad estatal se concentre en la persecución de los hechos delictivos más lesivos. 3) entorpece el accionar del Ministerio Público en los casos referidos al crimen organizado, etc.; y, 4) Obstaculiza la reinserción del delincuente de baja peligrosidad. Quienes se orientan por mantener el principio de legalidad buscan, sin

²⁰ Herce Quemada. Derecho Procesal Penal, 8º Edición, Madrid 1975. P. 79. (derecho Jurisdiccional. Proceso Penal, Barcelona Bosch 1991. P.21.

²¹ Armenta Deu, Ob. Cit. P. 186.

embargo, flexibilizarlo a través de la incorporación de una serie de excepciones provenientes del principio de oportunidad, advirtiendo que puedan estar regladas dentro de un esquema legal predeterminado, y sólo para delitos leves y de mediana importancia. Estamos frente a la aceptación del principio de oportunidad reglada. En este entendido entienden que debe empezarse a hablar de consenso, donde entra a considerarse el papel de la víctima en el proceso, la recuperación de su protagonismo. Además de la reparación de la víctima, a la par de la imposición de la pena, otro concepto que se tiene presente es olvidar el fin de la pena que es el de resocializar al inculpado, aspecto muy debatido en la actualidad, pero, en todo caso, lo que se busca es que hacer para que la gente no cometa más delitos, empezando por no estigmatizar con la condena penal, en otras palabras, se busca racionalizar la persecución penal, teniendo como trasfondo la constatación de la crisis de la pena privativa de libertad, cuyo fin resocializador se cumple cada vez menos.

Reconociendo que el principio de oportunidad importa conceder al Ministerio Público la facultad de perseguir o no hechos que caen bajo sanciones previstas en la Ley penal, porque la cuestión que toca al ámbito de la política criminal está en la respuesta que pueda dar el juicio oral, ¿está en condiciones de dar respuesta? Dilema que se abre paso inexorablemente en una situación de colapso crítico para la administración de justicia, y, en la esperanza de remontarla con la vigencia del juicio oral. Por ello la reflexión se orienta a reconocer que en ciertas situaciones no hace falta el juicio oral para llegar a una sentencia justa, por ejemplo: 1) Delitos de muy escasa importancia; 2) Algunos procesos donde la prueba reunida en la investigación es tan evidente que no requiere un juicio oral para ser valorada; 3) La posibilidad de un acuerdo entre el acusador y el acusado, puede terminar en una pena, sin necesidad de hacer un juicio oral²². El plea bagining es nada más ni nada menos que un acuerdo entre el fiscal y el acusado.

El *principio de igualdad* que acoge equitativamente a las partes contendientes en el procedimiento, dibuja un proceso adecuado para todos *con algunas excepciones* que es el

²² José Ignacio Cafferata Nores Ob. Cit. P. 163

proceso ordinario. Los procesos especiales son la excepción a las reglas generales y son para alguno, dejando las reglas comunes para todos. El procedimiento penal desde el ángulo formal es instrumental en la aplicación del derecho penal material, pero, no es solamente instrumental porque debajo de la formalidad hay postulado filosófico, en este caso, *el principio de igualdad para todos incluidos los desiguales*, entendiéndose ahora que hay también igualdad para los desiguales. Los procedimientos desiguales no se conciben en función del sujeto, sino del objeto del proceso, por la poliformidad de los hechos, que coloca ante la versatilidad del proceso, naturalmente en correspondencia a la complejidad que asumen la investigación y el propio procedimiento.

Los códigos de procedimiento penal se han concebido teniendo en cuenta el procedimiento ordinario, llamado también común o tipo. Este tipo de procedimiento no se divide en parte general y parte especial y este es el criterio que también asumen el Código de Procedimiento derogado y el Nuevo Código de Procedimiento Penal. En el derogado sistema mixto acusatorio formal la parte importante está en la fase de la instrucción o sumario. Era la parte general donde se incluía todo y, dado que se comenzaba con la instructiva criminal, lo más importante era el sumario, aunque se pretendía sustentar que lo decisivo del proceso en el plenario.

En el cambio procedimental actual, se lleva a la parte general todo lo que es general, por ejemplo, actos cautelares, los principios del proceso penal, la taxatividad, etc. La parte instructiva del procedimiento se va diseñando en cuanto avanza el proceso. Este encausamiento procedimental no es una cuestión de segundo orden, porque al determinarse primero las cuestiones generales y después los procedimientos en su desarrollo, se está afirmando mayor coherencia a los principios de la ley y se obtiene un mejor ordenamiento. El legislador entiende que los procedimientos especiales indican formas diferentes, con el fin de evitar lagunas preceptivas y evitar remisiones del plenario a la fase preparatoria o viceversa. En el Código de Procedimiento Penal Modelo la idea que se cumple es de las garantías y que en este tema se eviten cometer errores. Por ello la concepción anterior al Código Procedimental Penal Modelo no coincide con la concepción moderna, por que de

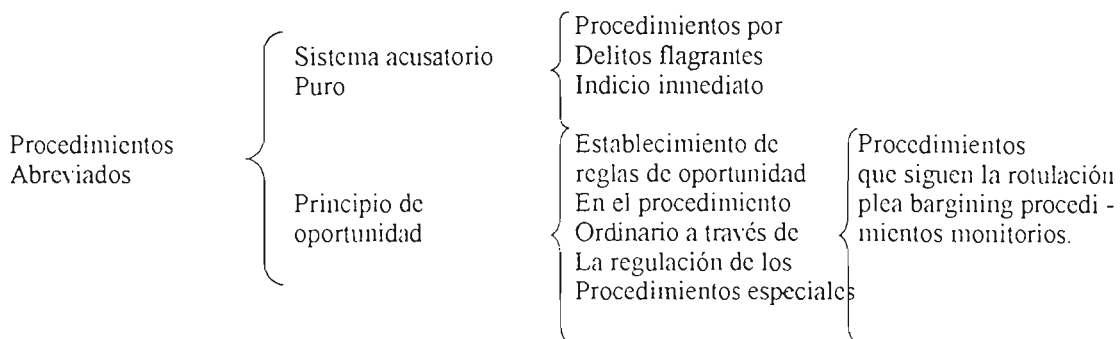
los procedimientos especiales resultan medidas alternativas que permitan una mejor administración de justicia.

El punto de partida que asume la concepción moderna es que el juicio oral no ofrece la agilidad exigida, originando que muchas situaciones procesales terminen en mora o retardación, sin desconocer que el juicio oral ofrece mejores garantías al imputado, pero el dilema está plantado en la pregunta: ¿todos los casos necesitan juicio oral? La respuesta es negativa. Sobre dicha respuesta se han diseñado los códigos tipos de procedimientos especiales, como es el caso del Código de Procedimiento Penal Italiano de 1987²³

En el caso del delito flagrante el Código Procesal Penal Italiano de 1987, cuando el individuo es descubierto con las manos en la masa, se suprime la fase instructiva o del sumario, que es la etapa del procedimiento donde más se retarda el proceso. El procedimiento abreviado hace que los emplazamientos asuman carácter informal, ya que los cumple la policía. La acusación es formulada verbalmente por el Ministerio Público. El plenario, si el encausado está conforme, se realiza el mismo día de la presentación de la acusación. Si no está conforme, se hace en el tiempo límite de un mes. Como se observa eliminando aspectos del juicio oral.

El *iudizio immediato*, surge también en el Código Procesal Penal Italiano de 1987. Se le atribuye un carácter paradigmático dentro de los nuevos procedimientos. No difiere en características del anterior, pero agrega algunas cuestiones. El presupuesto es más

²³ El siguiente cuadro pertenece al Profesor Vicente Arranz Castellero
Procedimientos Abreviados:
Forma de aceleración de la justicia.



abstracto, no basándose en el delito in fraganti, porque se apoya en el carácter evidente de las pruebas, permitiendo superar la fase instructiva por la contundencia de las pruebas, y, siempre que el encausado esté conforme. En este procedimiento abreviado el fundamento está en su aspecto valorativo, más abstracto, siempre que hayan pruebas, además de la conformidad del encausado. Es un procedimiento más abreviado y agilizado que el ordinario.

Entre los procedimientos abreviados tenemos el *plea bargaining* y el monitorio. El *plea bargaining* contiene elementos del *giudizio abbreviato y applicatione della su rigiesta della sua parte*. Entre sus características principales tenemos que admite el consenso, la negociación y tiene influencia el principio de oportunidad, basándose en la conformidad del acusado como exigencia ineludible para la procedencia de la abreviación. La conformidad del acusado implica la renuncia de principios básicos del acusatorio, como es el de presunción de inocencia, a fin de suspender el juicio oral. En consecuencia, vuelve la primacía del juicio escrito. No se elimina el *principio de congruencia*, es decir, que la sentencia no puede ir más allá del objeto del juicio, porque lo contrario dejaría en la indefensión al encausado, incluso, puede afirmarse que la congruencia adquiriera carácter absoluto, ya que el tribunal tiene que sentenciar conforme a lo enjuiciado y no importa el delito por el que se juzga ni la posible pena a aplicarse.

En la *applicatione della pena su rigesta della sua parte*, el tratamiento procedimental es similar al de *plea bargaining*, pero sólo se aplica cuando la sanción a imponerse es alternativa a la privación de libertad, por ejemplo, hasta 3 años de privación de libertad. En este caso si hay penas alternativas a la privación de libertad, no cabe la detención preventiva. El encausado pide que se le aplique la pena y el fiscal tiene que inclinarse por la aplicación de la alternativa, que puede ser el arresto domiciliario u otra similar.

El *procedimiento monitorio* se aplica para las faltas y contravenciones, su tramitación es por escrito y se da en el caso de accidentes de tránsito donde se imponen multas. Por ejemplo, el fiscal puede pedir que el Juez sancione una contravención con la multa de Bs.

4.000, pero el tribunal determina que la suma se rebaje a Bs. 2.000, el Fiscal sabe que si va a juicio tendrá el mismo resultado, entonces se allana, por lo que el Tribunal mantiene la sanción de multa de Bs. 2.000, advirtiendo que si en el término de 10 días los denunciados no se presentan a hacer valer sus derechos, el auto que impone la sanción se ejecutoria.

Pueden encontrarse en el Derecho comparado otras e importantes alternativas y procedimientos abreviados. Pero, lo que interesa es proseguir con el examen de las corrientes modernas que disciplinan las medidas cautelares.

En la doctrina el primer aspecto o cuestión de preocupación está definir quien se halla facultado para decidirla, inclinándose por reconocer que nace de una decisión jurisdiccional y que importa un acto procesal. El otro aspecto que toca, especialmente, a la detención preventiva, es que esta medida coercitiva menoscaba la presunción de inocencia, pero a parte de constituir una decisión jurisdiccional tienen un carácter provisional y una duración limitada porque restringe un derecho básico, fundamental, que es la libertad de la persona. Además, su aplicación presupone la derivación de un delito especialmente grave.

En la *detención preventiva*, al considerarse el factor subjetivo, debe entrarse a decidir sobre dos presupuestos el peligro de fuga por parte del imputado y el peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad. Entonces se da lugar a la presunción de afección de los fines del proceso penal y a otra de sus características que es su naturaleza instrumental, en todo caso, siempre en función del proceso penal, y, sin olvidar su finalidad procesal y su carácter instrumental.

Periculum in mora está en los requisitos que permiten definir la naturaleza de la medida cautelar. El peligro de mora puede ocasionar un daño de naturaleza jurídica y afectar al principio de economía procesal. El *Fumus bonuris o título de buen derecho* afirma a todas las medidas cautelares, y significa un juicio de imputación fundado en la sospecha sobre la participación de un individuo en un hecho punible.

El *periculum in mora* vincula una serie de elementos que son: la gravedad del delito, las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado. Al señalar tales elementos vinculantes quiérase o no se está dando a la medida cautelar, en su primer elemento, una característica retributiva, aspecto que fue advertido en su tiempo²⁴Ricardo C. Núñez ²⁵ y Hans Welzel ²⁶.

El segundo elemento, referido a las circunstancias del hecho, es muy amplio y peca de ambigüedad, pudiendo comprenderse circunstancia como, por ejemplo, la especial violencia puesta por el imputado en la ejecución del delito.

Otras circunstancias están referidas a los antecedentes de la personalidad del inculpado, dentro de una perspectiva subjetiva y una perspectiva objetiva. Tales elementos como el de la especial violencia en la ejecución del delito y que inciden en la personalidad del sujeto activo de delito o de la posibilidad futura para delinquir de dicho sujeto. Quiérase o no, volvemos a caer en un juicio prevencionista o de prognosis especial y en este juicio prevencionista, sea general o especial, asumiendo su perspectiva se determina dentro del plano de la sanción, juicio que corresponde al último momento del proceso penal.

El tercer elemento tiene que ver con los antecedentes del imputado y responde a la cuestión de si el inculpado, ha cometido delito o no. Tal criterio es objetable, porque en realidad lo que corresponde analizar son aspectos axiológicos, como el determinar si ha intentado el inculpado fugar o si lo han encontrado escondido, o aspectos referidos al historial que tiene en relación con la autoridad. Hay otros temas de análisis axiológico o juicio de valor que tocan aspectos relativos al arraigo social de las personas, a su formación profesional, a las disponibilidades económicas, a sus vínculos internacionales, o al tiempo que la persona puede llevar en detención preventiva, o si procede o no el cambio de la detención preventivas por otras alternativas o sustantivas.

²⁴ Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino, Págs. 325 y ss.346 y ss. Págs. 3

²⁵ Derecho Penal Argentino, Ed. Omeba T.2, Pág. 346 y ss.

Es importante considerar el tiempo que la persona está detenida porque los riesgos y peligros para asegurar los fines del proceso, decrecen proporcionalmente en relación al tiempo en que el inculpado está privado de su libertad. En todo caso, el examen de los antecedentes del imputado se asumen para cumplir los fines del proceso y, en ningún caso, para cubrir los fines del Derecho penal. Sin embargo han sido confundidos lamentablemente ambos aspectos, sobre todo, en la opinión pública, al momento de poner en vigencia las medidas cautelares, se aplican la *vactio legis*, y, ahora en el pleno de detractando al Nuevo Código de Procedimiento Penal. Dado que, en el sistema acusatorio formal o sistema mixto, las medidas precautorias han servido más a los fines del Derecho Penal, de la sanción estatal, que a los fines del proceso; en el momento actual, cuando se produce el viraje y las medidas precautorias empiezan a aplicarse también a favor del principio de inocencia y como garantía del debido proceso y cuando se empieza a hacer la detención preventiva la excepción y no la regla, una ola de indignación capitaneada por la prensa comercial se ha abatido sobre el país.

La corruptela y lo errático del *periculum in mora* se ha traducido y aun sigue siéndolo, en que las medidas cautelares se han sometido a los fines del Derecho Penal y no a los fines del proceso. Todavía es muy difícil salir del transe que trae el cambio.

Otra cuestión que en la doctrina se debate, relacionada al capítulo de las medidas cautelares, es la *apariencia de un derecho*, dividiéndose la doctrina entre quienes tienen un punto de vista formal de aquellos que tienen un punto de vista material.

Para los primeros, se exige algo más que un indicio racional de criminalidad y algo más que una sospecha motivada y objetiva. El juez debe tener razones bastantes sobre la participación de un individuo en el hecho delictivo. Una sospecha motivada es algo más que un hecho posible, entendiéndose cognoscitivamente la diferencia entre lo posible, lo probable y lo cierto. Lo posible origina la apertura del sumario o la imputación formal. Si lo posible permite la imputación formal o abrir el sumario, otra cosa sucede con la

²⁶ Derecho Penal, Traducc. Fontana Balestra.

detención preventiva, requiere más que lo posible, exige lo probable, es decir, más que la sospecha motivada. Además, en relación al sujeto, que no sea inimputable o imputable disminuido, y, que no haya causal de exclusión: en otras palabras, debe excluirse cualquier causal o circunstancia que sea impositiva de la responsabilidad penal del individuo.

Para los segundos, que adoptan un criterio material, las exigencias son mayores, como la apariencia de buen título de derecho, *Fumus bonus iuris*, que no puede darse en cualquier delito, porque debe tratarse de un delito grave. No siempre puede ser un delito grave, pero deben concurrir en el inculcado ciertos estándares que incrementan el riesgo de fuga, contemplando que a mayor cantidad de años de condena es mayor el riesgo de fuga.

Además de la gravedad del delito y del peligro de fuga, se contemplan otros estándares como los provenientes de la posibilidad que el inculcado dañe la investigación por ejemplo, destruyendo las pruebas. Se atribuye a la política criminal la inclusión de este rasgo inquisitivo. Hay autores que se oponen a la inclusión de estos presupuestos inquisitoriales como Vicente Gimeno Sendra.²⁷

El estudio más detenido de la detención provisional como medida coercitiva de carácter temporal y restrictivo, vale decir, extraordinario, lleva a examinar el principio de legalidades que es uno de sus fundamentos básicos.

²⁷ Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal. El Proceso Penal*, TIL, Terant to Blanch, Valencia 1992.

CAPITULO IV

PRINCIPIOS DOCTRINALES QUE SUSTENTAN LA MEDIDA CAUTELAR Y LOS NUEVOS PARADIGMAS

El principio de legalidad sostenido por Furbach y que pertenece al Derecho Penal clásico, está expresado en el aforismo latino *nullum crimen sine lege*, manifestándose en materia cautelar sobre que la determinación de la medida restrictiva de la libertad de locomoción pertenece exclusivamente al órgano jurisdiccional, aunque en casos específicamente autorizados se admite que pueda ordenar la privación de libertad, la policía. Este carácter jurisdiccional del órgano que dispone la detención preventiva, no admite se aplique en casos como la falta de pago de multas. El principio de legalidad que autoriza su adopción al órgano jurisdiccional, y, la circunstancia que se adecue como medida cautelar a los fines del procedimiento, perfila el carácter instrumental de la medida, es decir, que no es un fin en si mismo, porque está diseñado para cumplir otros fines procesales. Tales fines se refieren a la economía procesal y a la obtención de la verdad objetiva. La excepcionalidad de la detención preventiva tiene que ver con el principio de proporcionalidad y la presunción de inocencia y admite que se adopta la detención preventiva sólo cuando no queda otra medida cautelar.

En la cátedra universitaria se han previsto algunos criterios legales, mejor dicho de política criminal, que han permitido la excepcionalidad, como la “alarma social” la “frecuencia de la comisión de determinados delitos”, la presencia de “múltiples víctimas”, pero tales criterios son ajenos a los fines propios del proceso y pertenecen a los propios del Derecho Penal, de la sanción estatal, llevado a equívocos, descubriéndose un criterio sancionador más que garantista.

La subsidiariedad de la detención preventiva está referida a que si hay otras medidas cautelares menos coercitivas, debe darse prioridad a éstas, por ejemplo, el arresto domiciliario, obligación de comparecer, prohibición de residir en un determinado lugar,

prohibición de frecuentar el trato con ciertas personas, carácter que se vincula a la excepcionalidad.

La *proporcionalidad* es otro principio que no es visto desde una perspectiva penalista, porque no se mide lo que pueda provocar un hecho delictivo, ya que se mensura las consecuencias que trae aparejadas la aplicación de la medida cautelar o detención preventiva, es decir, su mayor o menor gravosidad, entendiéndose en relación al individuo y no al hecho que se juzga, es decir, viéndose al individuo en su relación con el proceso, lo que significa que la proporcionalidad se entiende como un principio del proceso, perteneciente a los fines del proceso.

La *provisionalidad y temporalidad* se refieren a que la prisión preventiva debe aplicarse durante el tiempo que se den las circunstancias que originaron los peligros y riesgos que se buscan conjurar con la medida cautelar. En cuanto se modifican las circunstancias debe cambiarse por otra medida restrictiva.

La temporalidad nos lleva a entender que, siendo la detención preventiva la medida cautelar más grave, puede acarrearle mayores perjuicios al imputado, lo que mueve a la previsión de una duración máxima, como ocurre con nuestro Nuevo Código de Procedimiento Penal.

A pesar de los empeños por mantener dentro de su propio contenido normativo y conceptual las medidas cautelares, es decir enmarcándolas en los límites de los fines del proceso, en verdad, aparecen confeccionadas de cara al derecho penal sustantivo o material. Tal contrariedad resulta porque las medidas cautelares han usado criterios propios del derecho penal material, ajenos a los fines del proceso penal, como el de alarma, carácter retribuido, o la búsqueda de un plan tranquilizador para la sociedad, cuando más importa tomar en cuenta el riesgo de fuga del imputado. En los jueces y operadores privan los criterios retribuidos y preventivos, mas que los contenidos cautelares propiamente dichos, por ejemplo, se asumen ideas o preconceptos como la frecuencia de hechos delictivos similares en el imputado, igual, con los fines apaciguadores, sedativos, llevando a los

órganos jurisdiccionales a forjar juicios de cara al ser, en vez de examinar con más fuerza el deber ser, a través de juicios de valor, respondiendo, en los hechos más a criterios de política criminal que a los propios del Derecho Procesal Penal.

Insistiendo aún, se asumen criterios ajenos a los fines del proceso, como que se considere la alarma social, permitiendo que se introduzcan elementos ideológicos, lo que ha venido a señalar como formas que son causa de corruptela de la medida cautelar de detención preventiva.

Las legislaciones modernas han introducido límites al tiempo de duración de detención preventiva, contemplando dos operaciones paradigmáticas, las que se encuentran en el Derecho comparado; una, es referente a la acción, poniéndole límite a su duración. Otra, está en el análisis de la perspectiva criminal, calibrado cuánto durarán las fases del proceso, por ejemplo, de la instructiva. Si el cálculo es de seis meses, la detención preventiva no puede durar más de ocho meses. Las legislaciones de Italia y Portugal compatibilizan ambas valoraciones paradigmáticas, con una mixtura de ambas posiciones. La determinación del tiempo de duración motiva a que los operadores de justicia apresuren el proceso, permitiendo el logro del fin buscado, que es evitar el periculum in mora. Tales motivaciones se entienden enmarcadas como criterios de impulso procesal.

El encuentro con los nuevos paradigmas que aporta el avance científico permite dotar al Derecho procesal penal de ideas también nuevos para abordar cual es el sentido actual de la potestad punitiva y del proceso penal.

El “jus puniendi” como una potestad exclusiva de naturaleza pública y de titularidad estatal, en su origen, se atribuye al derecho de defensa que primariamente corresponde a la persona y secundariamente a la sociedad, con la finalidad de repeler las agresiones ilegítimas contra las reglas elementales de convivencia y obtener las reparaciones adecuadas.

Esta potestad primitiva, en su ejercicio, responde a criterios idóneos de política criminal donde se apoya la labor legislativa, dictando normas que crean delitos con el fin de proteger los bienes jurídicos que real y verdaderamente merezcan tal conceptualización y su merecimiento, se encuentra en la tutela de derechos fundamentales básicos o instituciones indispensables en la organización y funcionamiento de la sociedad. Los criterios idóneos de política criminal evitan la proliferación de conductas a penalizar, porque “el Derecho Penal sólo debe aspirar a proteger los valores nucleares de la convivencia social. De ahí que la doctrina penalista propugne el llamado *principio de intervención mínima*, que obliga a una cuidadosa selección y ponderación de los bienes jurídicos que deben protegerse²⁸”.

Uno de los conceptos que más se usan para caracterizar el momento actual que viven las ciencias penales, es el de la crisis de la pena, sobre todo, de la incapacidad resocializadora que otrora se atribuyó a la pena privativa de libertad, forma retributiva con la que se sustituyó las penas corporales del viejo régimen. La crisis enfrenta las diferencias palpables entre lo que asume doctrinalmente y lo que efectivamente ocurre, atribuyéndose a una defectuosa ejecución por insuficiencia de medios o mala apropiación de los mismos y, también, por la irrealidad de las postulaciones teóricas. La inconsistencia que se acusa a la resocialización como fin de la pena está provocando un reavivamiento de la idea retributiva, aspecto preocupante para quienes sustentan que no se puede prescindir de la función resocializadora de la pena.

En las sociedades occidentales, por ejemplo, en los Estados Unidos, surge a partir de 1972 una corriente que reconoce la utilidad de la pena retributiva como instrumento de disuación y neutralización y que asume expresión pesimista sobre la prisión pretendidamente reeducadora. Hay alejamiento virtual de las perspectivas denominadas utópicas y un intento de hacer más empírica la ciencia jurídica penal.

²⁸ José Almagro Nosctc, Justificación del Proceso Penal, Derecho Procesal, T. II, Pág. 31

La vertiente constitucionalista donde encuentra su verdadera afirmación el proceso penal se abre paso de forma inocultable. El proceso penal se pone al servicio del derecho constitucional en el sustento de la presunción de inocencia y emerge su carácter garantista frente a una situación que revela una apariencia contraria a la inocencia para un determinado ciudadano. El Derecho penal es el Derecho para los delincuentes, el Derecho procesal penal es el derecho para las personas honradas. Esta dicotomía surge de la insustituible función de garantía que cumple el proceso penal²⁹

El proceso dirime un conflicto y en la raíz del mismo está el derecho a la jurisdicción. El conflicto surge de la imposibilidad que plantea una situación de hecho, resulta perjudicial para los intereses públicos y privados que deben ser satisfecha jurídicamente por medio de la acción coercitiva e imparcialidad de la ley. Esta es una visión funcionalista del proceso con su variable dependiente e independiente, en la que aparece como función motivadora el derecho a la jurisdicción, porque quien resuelve el conflicto es el Estado que se reserva la función punitiva. El Derecho opera en el área de “formalización”, sustentando que, en el proceso penal, subsiste siempre un conflicto, una confrontación de intereses entre el derecho subjetivo de punir y el derecho a la libertad del individuo.

El derecho a la libertad del imputado se traduce en el derecho a recibir una pena proporcionada al delito cometido.

El jus punendi que otorga al Estado la potestad punitiva en su legitimación está sujeta a limitaciones y exclusiones, para eliminar la arbitrariedad y el abuso del poder, pues tales limitaciones se impone el poder así mismo, encontrándose la principal en la exclusión de su actuación directa, significando que el Estado como titular de la potestad punitiva, no puede atribuir en concreto conducta delictiva ni imponer penas, de donde surge la necesidad del proceso jurisdiccional. Esta necesidad jurisdiccional expresa, en todo caso, la intervención jurisdiccional para la imposición de penas. La doctrina entiende algo más profundo que la

²⁹ José Almagro Nosec, Ob. Cit. Pág. 32

simple indisponibilidad de las normas, pues se traduce en la prohibición de autodefensa por propia mano, no sólo para los particulares sino también para el Estado³⁰

La necesidad del proceso penal ha conducido a doctrinarios del Derecho Procesal a concebir el proceso penal como condición del delito, arguyendo que la pena como condición del delito (las penas es elemento constitutivo del delito), sólo puede imponerse por medio del proceso. Es un intento de absorción del derecho penal material por el derecho procesal. En desmedro de ese intento, la doctrina sustenta: “El carácter constitutivo de la sentencia penal, que se refiere a un caso como producido, frente a la hipótesis del caso contemplado como supuesto por la norma jurídica de derecho material, basta a mi juicio, para establecer con nitidez las fronteras entre el derecho Penal y el Derecho Procesal penal.”³¹

La autolimitación del potestad punitiva del Estado que converge en la necesidad del proceso penal, en la organización del proceso encuentra los medios de llevarla a cabo. Para ello, conforma un órgano estatal específico que es el Ministerio Público, a quien se encomienda la promoción de la justicia penal y la ley le atribuye la facultad de ejercitar el derecho a la jurisdicción respecto a toda clase de infracciones delictivas.

El proceso penal tiene frente al proceso civil caracteres propios y en este sentido la diferencia más notable está en el campo probatorio. En el proceso penal la búsqueda de las pruebas se confía a la policía y, en el Procedimiento Penal nuestro, bajo la dependencia del Ministerio Público, o sea, que esta labor investigativa tiene un carácter oficial, siendo insustituible. En el proceso penal es obligatoria la comparecencia del imputado y la defensa es también obligatoria, lo que no ocurre en el proceso civil, por el carácter dispositivo que asume para las partes.

³⁰ José Almagro Nosete. Ob. Cit. Pág. 33

³¹ José Almagro Nosete, Ob. Cit. Pág. 34

El reconocimiento de tales diferencias se entiende en la actualidad que no son insalvables, lo que permitiría una legislación procesal unitaria. El tema está relacionado con la experiencia histórica de países culturalmente avanzados, donde hay un empeño por alcanzar una unificación formal, pero también la consecución de un proceso tipo adaptable con singularidades a todos los posibles objetos del proceso.

Los trastornos que la vida social confronta a raíz de la revolución técnica científica y procesos objetivos, como el de la globalización de las economías, el crecimiento de la interdependencia y otros fenómenos que la acompañan, cual el caso de la corrupción que asume caracteres sistémicos y no simplemente coyunturales, ocasionando la criminalidad masiva, de carácter menor, focalizados especialmente en los núcleos urbanos y, sobre todo, en los núcleos metropolitanos, exigen nuevas respuestas. A estos trastornos se agregan cuestionas que relacionan al principio acusatorio con las exigencias del derecho de defensa, también, se agregan las exigencias de protección a las víctimas de delitos, obligando a replantar la política criminal y sus proyecciones sobre las leyes procesales.

Ya nos hemos referido al procedimiento monitorio penal, adoptando como medio para eliminar o paliar la lentitud y otros inconvenientes del *ordo iudicariis* se asume con reservas y cautela y en relación en todo caso a asuntos denominados infracciones bagatela o contravenciones o delitos sería recaer en el Estado intervencionista, lo que conduciría a administrativizar, aunque se empleen formas procesales y órganos jurisdiccionales, el ejercicio de la potestad punitiva, con grave riesgo para los derechos de libertad y seguridad que concibe un proceso penal garantista.

Un acápite especial merecen las funciones comunicacionables que lleva a cabo el proceso penal y de manera más llamativa, resaltando como medio para establecer la verdad. El proceso en su ensamblaje se organiza como una presentación escénica y rememorativa, donde hay actores que asumen sus papeles, como acusador, acusado, órgano jurisdiccional, asumiendo a forma de un drama cuyo desenlace se ignora hasta el momento del fallo. Y como todo drama encuentra un diálogo regulador con una proyección institucional, que

“responde tanto o mejor a sus fines de resolver el objeto propuesto, mediante una solución jurídica en función de la objetivación y equiparación en cantidad y calidad de las oportunidades ofrecidas para la participación eficaz de todos los intervinientes³².”

³² José Almagro Mosete . Ob. Citada, p. 35

CAPÍTULO IV

NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Los nuevos paradigmas del proceso penal, responden una concepción política-social, conocido como sistema demográfico. Los principios procesales en ese entendido están reconocidos de manera más o menos explícita en la Constitución. Así también lo entiende Alberto Binder, cuando afirma sobre el marco de la reforma de la justicia penal “es una respuesta a exigencias de carácter político proveniente de ese fenómeno particular de reorganización de la sociedad política que llamamos “transición a la democracia”³³.

Dentro de este espíritu son principios consustanciales a la idea del proceso los de contradicción e igualdad, pudiéndose afirmar la imprescindibilidad de los mismos para la existencia de un procedimiento, porque de lo contrario podría darse una fórmula “autocompositiva”, pero nunca la de un proceso.

El principio de contradicción se apoya en la exigencia de que nunca se produzca indefensión, Art. 16, parágrafo IV de la Constitución Política del Estado; “nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en un proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente...”, en otras palabras, sin la posibilidad de contradicción. Mientras que hay autores que anidan la oralidad en la inmediación y la publicidad, Pedro Bertolino y Julio Maier sostienen que el derecho fundamental de la persona en el proceso es “la necesidad de ser oído que contiene en si esta posibilidad de enfrentarse directamente cara a cara con la prueba de cargo, frente a sus jueces, y es el que determina de alguna forma que el juicio moderno otra actual, en una constitución o en un país que respete el estado de derecho, no puede ser de manera”.³⁴

³³ La Justicia Penal en la Transición a la Democracia, Pág. 1. Conferencia en el Congreso Internacional de la Sociedad cubana de ciencias penal, el 23 de noviembre de 1195, en Santiago de Cuba.

³⁴ Congreso Internacional de Oralidad en Materia Penal, Instituto de derecho Procesal Penal de la Plata. Pág. 123.

El proceso penal está presidido por el principio de contradicción cuando la parte acusadora como la parte acusada, tienen igual posibilidad de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que los fundamenten y su correspondiente práctica de la prueba, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la imposición de una pena privativa de libertad.³⁵

Esta definición del Principio está determinado la posibilidad de acceso a los tribunales y la adquisición de “status” de parte.

Esta posibilidad de acceso debe ser efectiva, obligando la comunicación personal de los actos que tengan por objeto su comparecencia, siendo indispensable que quede constancia de haberse efectuado tal notificación. Se insiste que esta comparecencia no está dentro de “los derechos u obligaciones” de carácter procesal, sino dentro de la categoría acuñada por Goldschmidt, de las “posibilidades procesales”, puesto que lo contrario implicaría originar la reducción del acto de comparecencia o los efectos desfavorables de la rebeldía³⁶.

La incomparecencia de las partes importa la pérdida de la posibilidad de constituirse en parte acusadora, la declaración de rebeldía del imputado o de la posibilidad de hacerse acreedor de una medida cautelar penal.

El principio de contradicción exige el otorgamiento de todo el estatuto de “parte procesal”, porque es un requisito del proceso moderno que se dé el presupuesto infaltable de la sentencia, que puede obtenerse a condición de que se dé la oposición de la acusación y su antitético, que es la defensa.

³⁵ Vicente Gimeno Sendra. Ob. Cit. Pág 56 y 57.

³⁶ Vicente Gimeno Sendra. Ob. Cit. Pág 56 y 57.

En el sistema inquisitorio el acusado era considerado como objeto del proceso o fuente de prueba, en el proceso acusatorio moderno el imputado es sujeto del proceso, debiéndosele reconocer el derecho de defensa material y el derecho de defensa formal.

Para que pueda darse la pugna entre la pretensión y su resistencia, es necesario que la acusación preceda a la defensa, por lo que debe informarse al imputado de la acusación formulada en su contra. Esta información comprende también que el imputado sepa de sus derechos y garantías y de las consecuencias desfavorables de su sometimiento voluntario al acto de investigación, el derecho a guardar silencio, etc.

El fin de desentrañar la verdad objetiva en el proceso penal, plantea una serie de ideas básicas, que asumen el rasgo de principios, como los estudiados de contradicción, igualdad de las partes, intermediación, aportación e investigación, culpabilidad, libre valoración de la prueba. Al examinar el principio de contradicción, surge como advertencia su magnitud gnosológica y política y se imbrica en el proceso con todas las garantías del derecho de defensa, partiendo del principio constitucional de presunción de inocencia, sustentado en tres premisas: a) posibilidad de acceso a los tribunales; b) adquisición del estatuto de parte; c) el derecho a última palabra, expresión del derecho de defensa material de imputado. El principio de contradicción importa conceptualmente el reconocimiento del término de parte a partir del término parte.

La ley establece los cánones y formas en que se guía la polémica entre las partes, por ejemplo, no admite preguntas impertinentes y el director del proceso tiene facultades discrecionales para disciplinario. La igualdad de las partes hace referencia a los términos autonomía e independencia, y hay quienes dicen que la igualdad de las partes es un principio del de contradicción, porque las partes tienen que producir la prueba en igualdad de condiciones lo que no implica reconocer igual situación, porque el fiscal no tiene igual situación que el imputado. La igualdad de las partes es dada en la demostración de los hechos. Reiterase que el Fiscal tiene una situación jurídica distinta del imputado y que ha sido resultante de ir al proceso, por ejemplo, el imputado es objeto de medidas cautelares.

La igualdad de las partes está en la demostración de sus respectivas afirmaciones, enmarcando su exigibilidad porque si no la hay, tampoco habrá contradicción ni inmediación ni investigación.

En la fundamentación jurídica del principio de igualdad hay varias doctrinas. La doctrina europea se inclina por afirmar que su origen está en la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la fuente filosófica de esta doctrina, es el pensamiento de John Locke sobre la libertad y la igualdad. La doctrina española, sustentada, por ejemplo, en la obra de Vicente Gimeno Sendra, se encuentra en el principio constitucional sobre la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero es más explícito al puntualizar que la igualdad de las partes emana del principio de contradicción, del derecho del imputado de defenderse en igualdad de condiciones a las del acusador.

El principio de inmediación, al igual que el de continuidad, importa que el proceso no debe interrumpirse. La inmediación es la exclusión de intermedios en el conocimiento de los hechos que se juzgan, el objeto del proceso como hecho histórico, obliga ir hasta las fuentes que permiten reconstruirlo directamente. El fin perseguido es lograr la más verás y auténtica información de los hechos que se juzgan. Hay autores que afirman que la inmediación no es un principio autónomo, porque deriva de la oralidad. Para Julio Maier, la forma de inmediación es respetar el conflicto de intereses que se producen en todo juicio... Más aún, “la oralidad, o la inmediación con más propiedad, pertenecen al proceso acusatorio y no pertenecen al proceso por encuesta y a la inquisición”³⁷

La oralidad (Goldzdchmit) es la forma de comunicación en la que ineludiblemente debe tener lugar el juicio, diferenciándose de la inmediación que es un eslabón de la percepción y no de la comunicación. De esta manera se entiende como la directa relación o intervención del tribunal que acaba de dictar sentencia, que participó en la actividad probatoria.

³⁷ Julio Maier, Ob. Citada. Pág. 120-121

La columna vertebral de la inmediación son los medios de pruebas que se perciben directamente, para captar la verdad material u objetiva. Los medios de prueba son los dos contactos fundamentales que se relacionan con el hecho que se juzga, así, son fuente de conocimiento del hecho y del órgano jurisdiccional que va a reconstruir el hecho, estableciéndose una doble relación del principio de inmediación. Se relaciona, en primer lugar, con el principio de oralidad y al relacionarse con éste, los jueces pueden asumir el dato fáctico, el medio de prueba, denominado inmediatez subjetiva o formal. Otra relación es la que se ofrece entre el medio de prueba y lo que se quiere concluir. Esa relación se conoce como inmediatez objetiva o material, que responde a cómo se aprecia la prueba, como se la valora.

Como es advertible, el principio de inmediatez deriva del de publicidad y también está relacionado con la valoración de la prueba.

El derecho del procesado de gozar de todas las garantías le permiten obtener información fidedigna. En materia civil la carga de la prueba es formal, en cambio, en materia penal, es una carga material, referida a quien lleva sobre si la incertidumbre. Además en el proceso penal, la carga de la prueba es una facultad, un poder que compete al Fiscal. En la valoración de la prueba rige el principio de la libre apreciación de la prueba y el cumplimiento de la in dubio pro reo, además del principio de la alternabilidad de la prueba.

CAPÍTULO V

MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COMPARADO

Vicente Gimeno Sendra en el prólogo a la traducción española del compendio “Procesos Penales de Europa”, obra de recopilación y estudio cumplido por la Association Recherches Penales Europeenes (ARPE), bajo la Dirección de Mireille Delas Marty, comenta que el trabajo comparativo y de síntesis de los miembros del grupo dirigido por la Profesora Delmas Marty tiene como *leitmotiv* “extraer del conjunto de las instituciones particulares un fondo común o al menos puntos de conexión susceptible de hacer aparecer, bajo la diversidad aparente de las formas, la unidad real de la vida jurídica universal”³⁸.

Para el prologuista el “fondo común” del proceso penal, se ha visto configurado después de la II Guerra Mundial en las garantías fundamentales del derecho de todo justiciable a un “proceso justo” enunciadas en los instrumentos internacionales a partir de la Declaración de los Derechos Humanos, y por lo que a Europa se refiere en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 6) y desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal y de la ya desaparecida comisión europea de derechos Humanos por encima de la diversidad de sistemas. Así, también, destaca Vicente Gimeno Sendra que si no se tiene todavía un modelo procesal penal europeo si hay una referencia penal europea anclada en unos principios básicos, los mismos están señalados en el trabajo de la Profesora Delmas-Marty y que fueron elaborados en 1990 por la Comisión de Justicia Penal y Derechos Humanos: “Tres principios garantizando el imperio del derecho (legalidad, igualdad entre los justiciables, garantía judicial) tres principios relativos a la protección de las personas (la dignidad de la persona, la protección de la víctima, la presunción de inocencia del acusado) y cuatro principios referidos a la “calidad del proceso” (el respeto a los derechos de la defensa, el equilibrio entre las partes, la proporcionalidad y la celeridad del procedimiento)”. Para Vicente Gimeno Sendra esta perspectiva es, al mismo tiempo, un

³⁸ Procesos Penales en Europa, Association de Recherches Penales Européennes (ARIE), Editorial EDISUS, S.L. 2000.

método de trabajo para examinar y contrastar los sistemas europeos cuyos procedimientos difieren tanto entre sí.³⁹

El compendio examina los procesos penales de Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia y, en el tema que enfocamos, las medidas cautelares, las legislaciones tienen de común destacable que las conciben como normas coercibles o prohibitivas lo que no difiere con la doctrina y la legislación sustentadas en América Latina.

En Inglaterra y el país de Gales, la sección 22 del *Prosecution Offenses Act* 1985 autoriza al Ministerio del Interior (*Home Secretary*) provisional y para que, en aplicación de esas normas, establezca dos tipos de sanciones, unas que apuntan a que el detenido sea puesto en libertad antes del juicio, y otras que contemplan el abandono de la acción penal. hasta ahora el Ministro solamente ha previsto el primer tipo de sanciones⁴⁰

En Inglaterra, la policía y el Juez son los únicos sujetos que disponen de poderes coercitivos. El *Crown Prosecution Service* (Ministerio Público) cuando fue creado no se le dotó de tales poderes.

La detención por la Policía - Arrestation – puede hacerlo sin mandamiento a cualquier persona que haya cometido o que esté a punto de cometer una *arrestable offense* (infracción cuya pena fijada por la ley sea superior a cinco años de prisión (s. 24 PACE)

La Policía puede detener también al que ha cometido o intenta cometer cualquier infracción, pero únicamente en el caso de que no pueda ser llamado ante la comisaria (summons), porque:

³⁹ Procesos Penales de Europa. Association de Recherches Penales Européennes (ARPE), Editorial EDIJUS. S.L. 2000, Pág. 19-20.

⁴⁰ Ob., Cit. Pág. 190.

- Se desconoce el nombre de la persona
- El nombre de la persona parece equivocado:
- La persona no ha dado su dirección;
- La dirección parece falsa
- La detención parece necesaria para proteger al detenido o alguien de su entorno.

Las condiciones generales de la detención están fijadas en la sección 25 de la *Police and Criminal Evidence Act. 30)*

La detención ordenada por el Juez, fuera de los dos supuestos señalados anteriormente, la detención esta sujeta a la autorización del *justice of the peace*. Cuando dicta una orden de detención ha de aparecer el fundamento de la petición de la Policía.

La sección i 849 de la *Magistrates Court Act 1980* permite al Juez expedir una orden de detención cuando la infracción es grave (*indictable offence*) o cuando está castigada con pena de prisión, o si las señas del acusado son inciertas.

La detención por particulares. Los particulares tienen poder de detención en ciertos casos definidos con precisión en la sección 24 de *la Police and Criminal Evidence Act*. El poder de detención de los particulares está ligado a la naturaleza de la infracción cometida. Puede detener a cualquier persona que vaya a cometerla {s. 24 (4) a y b *PACE*} Igualmente pueden detener a cualquier persona que haya cometido la infracción o que sospechen que la ha cometido {s 24 (5) a y b}

La sentencia *R V self* (1992) 95 Cr APP R 42 ha interpretado de manera restrictiva este poder de los particulares. Prisión Provisional – “Detention” – detención Policial – “garde á Vue”.

La policía puede detener en sus locales a una persona durante veinticuatro horas. La detención podrá durar treinta y seis horas con la autorización de un policía de rango superior (superintendent) (s. 41 y 42 PACE). Mas allá de este periodo, la prolongación corresponde al Juez de paz (justice of the peace)

La custodia puede acordarse por la Policía cuando estima que es necesaria para obtener o preservar las pruebas (s. 37 PACE)

La custodia puede prolongarse cuando es necesario para preservar u obtener pruebas siempre que la infracción sea grave (serious arrestable offence) y la investigación se haya efectuado con diligencia {s. 42 (1) PACE}

Detención Judicial –Gardé a Vue Judiciare

La prolongación de la detención en los locales de la policía por *el justice o the peace* está sujeta dos condiciones. La primera es que cada prolongación no debe exceder a 36 horas. La segunda, es que la duración global de la detención (incluida la detención policial –no debe pasar de 96 horas de {s. 43 y 44 PACE}

El detenido ha de ser presentado ante el Juez. Puede pedir ser asistido de un abogado de su elección. El Juez aprecia los motivos por los que la Policía desea prolongar la detención. Los motivos de la prolongación de la detención por el Juez son los mismos que los aplicados por la Policía {s. 43 (4) PACE} – Prisión provisional (“remand in Custody”)

El *Magistrates Court* es la autoridad competente en materia de prisión provisional. En este tribunal el que autoriza la puesta en prisión y la renovación de la prisión. La prisión provisional no puede exceder de ocho días {s. 128 (6) MCA}. En principio, el acusado debe ser presentado cada ocho días ante el juez para que renueve la prisión. Pero la *Criminal Justice Act 1988*, que entró en vigor en 1991, autoriza la prolongación de la prisión por una duración de 28 días.

Comparecencia forzosa. La policía o cualquier ciudadano puede pedir al *justice of the peace* una orden para que una persona comparezca ante el Juez de paz por la comisión de una infracción. Si el *justice of the peace* estima que se ha cometido una infracción expide un mandamiento de comparecencia ante el *magistrates' court (summons)* Libertad bajo fianza (remand on bail)

- Libertad provisional policial
- La libertad provisional se acuerda por el *magistrates' court*

Existen dos formas de libertad provisional con o sin condiciones. La libertad provisional bajo condición impone a la persona objeto de tal medida la obligación de proporcionar ciertas garantías (por ejemplo la persona que presta fianza dineraria) la libertad provisional sin condición obliga, sin embargo, al acusado a presentarse en el puesto de policía y firmar en un registro todas las semanas

Medidas sobre bienes

- Secuestro de bienes por la policía

La *Police and Criminal Evidence Act* permite a la Policía entrar y registrar los lugares en los que tiene razones serias para pensar que se encuentra un sospecho {s.17 (1)} La policía tiene derecho de secuestrar cualquier objeto que se relaciones con la infracción cometida {s. 19 (2)}

La sección 18 de la *Police and Criminal Evidence Act* confiere igualmente a la Policía el poder de secuestrar los objetos que se encuentren en el lugar donde una persona ha sido legalmente detenida.

- Secuestro de bienes autorizado por el juez.

En los demás casos es necesario una orden del *justice of the peace*. Las condiciones para expedir una orden se determinan en la sección 8 de la *Police and Criminal Evidence Act*.

El juez debe comprobar que hay razones serias para pensar:

- Que se ha cometido una infracción grave (serious arrestable offence)
- Que los objetos que serán secuestrados son necesarios para las investigaciones
- Que podrán servir de prueba

EL SISTEMA ITALIANO

Las medidas cautelares están clasificadas como coercitivas o prohibidas

Detención

En caso de *flagrancia*, la policía judicial tiene el poder de detener a una persona (*arresto*). La detención es obligatoria o facultativa según la gravedad de las infracciones enumeradas por la ley.

Fuera del caso flagrancia, el Ministerio Fiscal, cuando aparecen elementos específicos que pueden hacer pensar que existe un riesgo de fuga, puede acordar la otra forma de detención (*fermo* de una persona gravemente sospechosa de la comisión de infracciones previstas por la ley (Art. 384 c. I CPP). Los oficiales o agentes de policía judicial pueden proceder igualmente a esta medida en caso de urgencia (Art. C. 2 y 3 CPP). Los oficiales o agentes de policía judicial pueden proceder igualmente a esta medida en caso de urgencia (Art. C 2 y 3 CPP).

Pueden ser detenidas las personas objeto de la investigación preliminar y las que puedan proporcionar datos útiles para la reconstrucción de los hechos, cuando la policía procede a su identificación, si estas personas se niegan a identificarse o facilitan informes o documentos que dan a pensar que son falsos.

PRIVACIÓN DE LIBERTAD

- Detención policial

Cuando la policía procede a una detención (*arresto o fermo*), debe comunicarlo inmediatamente al Ministerio Público y al defensor (Art. 386 c. 1 y 2 CPP) así como a los parientes próximos de la persona afectada (Art. 387 CPP) Esta debe ser puesta a disposición del Ministerio Fiscal lo más rápidamente posible, sin que pueda transcurrir más de veinticuatro horas (Art. 386 c. 3 CPP) con remisión del acta levantada (Art. 389 c. 2 CPP)

EL Ministerio Fiscal en todos los casos de detención (*arresto o fermo*), debe requerir la convalidación de la medida por el Juez de la investigación criminal en término de 48 horas, bajo pena de ineficiencia (Art. 390 c 1 CPP). El Juez señala la audiencia para la convalidación dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Esta se celebra a puerta cerrada, necesariamente con presencia de la persona detenida y de su defensor. El Juez después de oír al Ministerio Fiscal, salvo si no comparece y le ha entregado sus conclusiones, al interesado y al defensor, resuelve por auto de convalidación de la medida o, por el contrario, la libertad inmediata del interesado (art. 391 CPP)

- Prisión provisional ("*custodia cautelare in carcere*").

Como las demás medidas cautelares personales, la prisión provisional solamente puede acordarse en ciertos casos. A la exigencia de que existan indicios graves de culpabilidad (Art. 273 c. 1 CPP) se añade la de unos requisitos específicos para acordar la medida coercitiva (Art. 274 CPP, *exigenze cautelare*) se cubren tres hipótesis: el peligro de alteración de pruebas, el riesgo de fuga del acusado y la reincidencia.

Para acordar tal medida, el Juez tiene en cuenta su oportunidad, debe ser proporcionada a la gravedad de los hechos y a la situación previsible (Art. 275 c. CPP) y solamente puede ser

acordada cuando se trata de una infracción castigada con cadena perpetúa (ergástolo) o con un mínimo de tres años (Art. 280 CPP).

En particular, sólo puede ordenarse cuando cualquier otra medida resulta inadecuada, salvo para infracciones muy graves, taxativamente enumeradas, que llevan consigo una imposición inmediata, a menos que exista circunstancias especiales.

En los casos en que se acuerda, la prisión provisional está sujeta a un plazo según un registro formado con los autos de renovación de la medida, so pena de la puesta en libertad del detenido, y con una duración máxima en función de la pena prevista para la infracción perseguida (Art. 303 CPP), incluidas las prorrogas (Art. 305 CPP) y entendiéndose que el tiempo de la detención se imputa, en su caso, a la duración de la prisión provisional (Art. 297 c. 1 CPP).

- Comparecencia forzosa

Respecto a la persona sometida a investigación preliminar, la comparecencia forzosa puede acordarse por el Ministerio Fiscal para los actos que requieran su presencia (Art. 375 CPP).

Así mismo, si la persona no comparece en la vista del incidente probatorio, y cuando su presencia es necesaria para una actuación que ha de realizarse, el Juez puede ordenar que comparezca (Art. 399)

La comparecencia forzosa está prevista generalmente cuando se trata de practicar un interrogatorio o un careo con autorización del Juez (Art. 376 CPP)

Si el acusado está ausente o en rebeldía, la comparecencia forzosa puede ser ordenada por el Juez en la vista del juicio cuando su presencia sea necesaria para la práctica de una prueba que no sea el interrogatorio (Art. 490 CPP)

Respecto al acuerdo en un proceso conexo, el Juez puede ordenar su comparecencia, la forzosa para ser oído (Art. 210 CPP) en los casos que ha de proceder a la lectura de las declaraciones que hubiera con anterioridad (Art. 513 CPP)

Respecto a las demás categorías, las personas que conocen los hechos pueden ser sometidos a comparecencia forzada por el Ministerio Fiscal si no responden a la citación que se les hizo durante la investigación (Art. 377 CPP). Igual Ocorre con los testigos, perito, consultores técnicos o depositarios secuestrados citados conforme a derecho o convocados que no comparecen al mandato del Juez.

- Otras medidas.

Las medidas cautelares personales (misuri cautelaria personali) están constituidos por las medidas coercitivas y las medidas prohibitivas. Para ser acordados son de aplicación las disposiciones generales y enunciados relativas a los indicios graves de culpabilidad, a los requisitos específicos de la medida coercitivas y los criterios para la elección de la medida.

- Medidas coercitivas (“Misuri coersitive”)

Pueden acordarse una serie de medidas alternativas a la prisión provisional con carácter prioritario respecto a esta, en las mismas condiciones respecto a cuantía de la pena.

Así ocurre con la prohibición de abandonar el territorio (divieto de espatrio), Art. 281 CPP con la prohibición y la obligación de residencia (divieto e obbligo di dimora, Art. 283 CPP) con el control policial (obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, Art. 282 CPP) y con las asignaciones de residencia (en lugar privado de estancia o en una pública de cura o asistencia, arresti domiciliaria, Art. 284 CPP)

- Medidas prohibitivas (“misure interdittive”)

Las medidas prohibitivas se aplican, salvo disposición en contrario, a las infracciones para las que está prevista una misma clase de pena. Se trata de la suspensión del ejercicio de la patria potestad (sospensione dell' esercizio della potestà del genitore Art. 288 CPP) de empleo o servicio público (sospensioni dell' esercizio di un pubblico ufficio o servizio, Art. 289 CPP) y de la prohibición temporal de ejercer ciertas actividades profesionales o comerciales (divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali, art. 290 CPP)

- Medidas sobre bienes

Las medidas cautelares (misure cautelari reali) están constituidas por el embargo conservatorio o preventivo. El embargo conservatorio (sequestro conservativo, Art. 316 y ss. CPP) puede ser ordenado por el Juez a instancia del Ministerio Fiscal, cuando fundadamente puede pensarse que fallaran o que se dispersaran las garantías de pago de la multa o de las costas del proceso o de cualquier cantidad debida al estado. La parte civil puede presentar una demanda en el mismo sentido y por los mismos motivos respecto a los intereses civiles lesionados por la infracción.

El embargo preventivo (sequestro preventivo, Art. 321 y ss CPP) puede acordarse por Juez a instancias del fiscal si existe peligro de que la libre disposición de una cosa relativa a la infracción agrave o prolongue las consecuencias de este, o si puede dar lugar a que se cometan otras infracciones.

Algunos casos de la Jurisprudencia española vamos a referir a los fines de ilustración comparativa⁴¹.

“En cuanto a la detención tiene una inspiración cautelar, preordenada básicamente a garantizar la presencia y sujeción del presunto culpable al procedimiento en ciernes y en su

⁴¹ Ricardo Rodríguez Fernández, derechos fundamentales y Garantías individuales en el proceso penal. Editorial Conares, Granada 2000.

día y caso al ius puniendi del Estado, debe apoyarse en presupuestos justificativos legitimadores y responder al principio de proporcionalidad y ponderación, sin tratar de llevar a este estadio preliminar y ante judicial el rigor y la técnica enjuiciadora de los hechos que el juez o tribunal pondrá a contribución del procedimiento con vistas al material probatorio que disponga “(Cfr. TS SS 16 OCT 1993 Y JUN 1994) 8TS 2º S 18 FEB 1997)”

“La jurisprudencia constitucional ha indicado dos criterios de enjuiciamiento de la motivación de la constatación del principio de fuga a efectos de adoptar la medida de prisión provisional el primero consiste en que deberá tomarse en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo matiza parcialmente el anterior y se refiere a la consideración del transcurso del tiempo en la toma de decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que, si bien es cierto que en primer momento la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, así como los datos con los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleva a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, también lo es que el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales, así como los del caso concreto” (TC 2º S 66/1997 DE 7 DE ABR)

“La innovación de la alarma social que generan los hechos imputados, con ese contenido y con esa formulación, no contienen un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión provisional...” (1º S 98/1997 de 20 May)

El problema de los cacheos, identificaciones, retenciones y privaciones transitorias de la libertad para deambular ha sido de siempre seriamente controvertido... El TC indicado que los derechos a la libertad y a la libre deambulación por el territorio español no se ven afectados por la diligencia de cacheo e identificación, pues aunque estas comportan inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano,

durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo a las normas de policía...” (TS 2º S 20 FEB 1998)

“La presunción de inocencia impone a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional ciertos límites infranqueables, y en tal sentido exige que no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad...” /TC 2 S 156/1997)

“El respeto a los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional, de forma que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad, pues el plazo máximo de duración de la prisión provisional que el legislador debe establecer por imperativo constitucional y como garantía de la mediación legislativa es asumido por la propia CE como tal plazo máximo, de tal forma que su ignorancia se traduce por fuerza en una vulneración del derecho fundamental a la libertad. Y así, la prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de la prisión decretada requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión...” (TC 2º 142/198 DE 29 JUN)

Juez competente para autorizar la entrada y registro el Juez del lugar (TS 2º S 31 DIC 1996)

El auto judicial como requisito básico y condicionamiento de la constitucionalidad de la medida: “la inviolabilidad del domicilio es un derecho básico constitucional consagrado en el Art. 18.2 CE, no pudiéndose efectuar ninguna entrada o registro en el mismo sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito...” (TS 2º S 23 SEP 1996)

- a) “La invasión de un domicilio particular con la consiguiente restricción o limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio hace necesario que el Juez autorizante realice previamente una ponderación de los derechos e intereses en juego

valorando la debida proporcionalidad entre la restricción del derecho fundamental y la gravedad del delito que se pretende investigar, teniendo en cuenta los datos de que dispone para autorizar la entrada o registro...” (TS 2° S 20 SEP 1993)

- b) “El registro domiciliario no es, contra lo que sucede con otras medidas cautelares (por ejemplo el procesamiento o prisión) una diligencia posterior al descubrimiento” del delito, sino de investigación o averiguación y por ello dirigida al final que la legislación y la propia Constitución (Artículo 126) asignan a la policía judicial: “Averiguación del delito y descubrimiento del delincuente”. Exige así como toda medida restrictiva de un derecho fundamental, no solo el requerimiento del *periculum in morea*, sino también el *fumus boni iuris*. Pero esta apariencia tiene aun intensidad menor a la exigible cuando la existencia del delito ha sido ya descubierta. Como ayuda y correctamente señalada al reciente y, muy conocida sentencia del tribunal constitucional 341/1993, de 18 de noviembre, la autorización judicial habilitante tiene su campo de acción precisamente cuando no existe flagrancia “en la que queda excusado aquella autorización judicial precisamente porque la comisión de delito se percibe con evidencia”.

Por ello como consecuencia de ello, basta con una sospecha objetivizada en datos concretos que conduzcan a ella para que la resolución habilitante pueda estimarse fundada...” (TS 2° S 11 OCT 1994)

Autorización siempre escrita (TS 2° S 9/2/1996, DE 25 NOV)

“Es imprescindible para la viabilidad constitucional del registro, el consentimiento del titular, o en su defecto, la asistencia de los “testigos representantes” antes dichos, distintos de los “testigos presenciales” que la normativa anterior a las reformas exigía acompañaran inexcusablemente a quienes efectuaban la diligencia...” (TS 2° S 6 OCT 1995)

APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JUSTICIA BOLIVIANA

En materia de delitos encausados por el Juzgado Primero de Partido de Substancias Controladas de la Capital, Resolución N° 43/99, bajo la vigencia de la Ley 1008 y del Código de Procedimiento Penal antiguo, el proceso penal seguido por el Ministerio Público contra Cristina Tupa Tupa, Zacarías Blanco Cruz, Ismael Edmundo Lovera Cruz, Wilfredo Lovera Cruz, Narcisa Mamani Cruz, Hugo Blanco Huanca, Ismael Blanco Huanca, Walter Irineo Apaza Rojas, Prófugos: Isaac tupa Mamani y Eleuterio Mamani Tupa, por delitos relativos a la Ley 1008, permite conocer los dos tratamientos que en medidas cautelares han sido aplicados. El primer tratamiento referido a la imposición de la detención preventiva y el segundo tratamiento a la suspensión de dicha medida.

Primer tratamiento en observancia del Art. 102 de la Ley especial N° 1008 se toman las siguientes medidas precautorias:

- a) Se dispone la detención formal de los procesados en el penal de San Pedro de Chonchocoro y Centro de Orientación Femenina de Obrajes de esta ciudad respectivamente, debiendo al efecto expedirse los correspondientes mandamientos de Ley.
- b) La anotación preventiva de los bienes propios de los procesados sujetos a registro en las oficinas de Derechos Reales, Unidad Operativa de Tránsito y Cooperativa de Teléfonos Automáticos, para cuyo efecto deben librarse las providencias respectivas.
- c) La aprehensión y el arraigo de Isaac Tupa Mamani y Eleuterio Mamani Tupa, para lo cual deberán dirigirse los oficios correspondientes a la Subsecretaría del Ministerio del Interior, Migración, Justicia, y Defensa social, a los Sres. Comandantes Generales de la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico y de la Policía Boliviana.

Disponiendo que la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico prosiga con las investigaciones para identificar la identidad de Norma Colque hasta lograr su captura y remisión al Tribunal de conformidad con el Art. 97 de la Ley Especial.

El Fiscal de Materia de Sustancias Controladas requirió la apertura del proceso penal contra Hugo Blanco Huanca, Zacarías Blanco Cruz, Narcisa Mamani Cruz, Wilfredo Lovera Cruz, Ismael Blanco Huanca, Ismael Edmundo Rivera Cruz, Cristina Tupa Tupa y Walter Irineo Apaza Rojas, de acuerdo a la descripción de la conducta delictiva que cursa en las diligencias de Policía Judicial, dentro del caso T-2/99.

La sentencia del Juzgado Primero de Partido de Sustancias Controladas de la Capital, Resolución N° 99/2000, condena a los procesados prófugos Isaac Tupa Mamani, Eleuterio Mamani Tupa, así como a los acusados Cristina Tupa Tupa y Zacarias Blanco Cruz por el delito de Tráfico, Art. 48 de la Ley 1008, a sufrir la pena privativa de libertad de 10 años. A Ismael Lovera Cruz y Wilfredo Lovera Cruz por el Art. 76 (Complicidad) con relación al Art. 48 (Tráfico) de la Ley 1008 a la pena privativa de libertad de 6 años y 8 meses, todo ello por existir prueba plena de conformidad a lo dispuesto en el Art. 243 del Cód. de Pdto. Penal. a Walter Irineo Apaza Rojas, Hugo Blanco Huanca, Ismael Blanco Huanca, y Narcisa Mamani Cruz, a quienes se absuelve de pena y culpa, de los delitos del Art. 75 (encubrimiento) y 76 (complicidad) de la Ley 1008.

Se dispone la confiscación de bienes inmuebles, vehículos y de todas las armas y municiones confiscadas e incautadas. Se devuelven joyas y otras prendas personales de los condenados.

En Audiencia pública de Consideración de medida Cautelar de detención preventiva, concedida a favor de Ismael Edmundo Lovera Cruz, Wilfredo Lovera Cruz y Cristina Tupa de Mamani, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra los nombrados, por delitos relativos a la Ley 1008, acompañando papeletas de detención por las que constan que están privadas de su libertad desde el 14 de abril de 1999 años,

permaneciendo en detención por un lapso de dos años sin que la sentencia de primer grado dictada en su contra haya adquirido la calidad de cosa juzgada, cumpliendo de esta manera con los requisitos del Art. 239 Inc. 3 de la Ley 1970 (Nuevo Código de Procedimiento Penal) referido a la cesación de la detención preventiva cuando su duración exceda de 18 meses sin que se haya dictado sentencia a más de 24 meses y sin que ésta hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada por el Art. 241 la fianza tiene por finalidad asegurar que el imputado cumplirá con las obligaciones que se le imponen, las órdenes del Juez o tribunal...”, alegando la extrema pobreza de los imputados, su buena conducta, etc. Estado de salud que impide trabajar, la no existencia de sentencia ejecutoriada que pruebe que los imputados sean autores de los delitos que se les acusa, encontrándose vigente su inocencia de conformidad con el Art. 126 de la CPE, que está demostrado la no existencia de peligro a fuga menos de obstaculización del proceso, al amparo del Art. 239 Inc. 3 del NCPP se invoca la cesación de la detención preventiva para los imputados y se obligue como medida sustantiva (sustitutiva) únicamente, la fianza juratoria. El requerimiento fiscal se inclina favorablemente por la cesación de la detención preventiva y la sustitución por la fianza juratoria. El juzgamiento Primero de Partido de Sustancias Controladas de la Capital dicta Auto disponiendo la cesación de la detención preventiva a favor de tales imputados y como medidas sustantivas (sustitutivas) dispone la aplicación de las regladas en el Art. 240 de la Ley 1970, numerales 2 al 6: presentación de los procesados al Juzgado para que suscriban el libro de control de asistencia todos los días lunes a viernes de la semana; prohibición de cambiar de domicilio y salir de La Paz o del país, sin permiso del Tribunal, quedando arraigados, prohibición terminante de visitar zonas rojas donde se expenden bebidas alcohólicas y sustancias controladas, prohibición de tener relaciones con personas dedicadas a actividades ilícitas de narcotráfico; fianza juratoria y presentación por cada procesado de un garante solvente.

Para arribar a estas resoluciones sustitutivas se han acompañado certificaciones de los penales sobre buena conducta observada por los reclusos, incluido el tiempo de permanencia, informes psicólogos, certificados médicos sobre el estado de salud, informes sociales conteniendo datos sobre la ocupación profesional, fuente y monto de ingresos,

situación económica de los familiares más allegados, mantenimiento de relaciones familiares, y asistencia familiar, condiciones de apoyo moral, relaciones con las autoridades del recinto penitenciario, lo que da una visión de la situación personal del recluso y de su contorno social y familiar, aspectos que tienen por fin asegurar los fines y resultados de la medida cautelar y las formas restrictivas que se aplican en función del propio proceso. En el caso que se ha examinado y que responde a una política penal que aplican más o menos uniformemente los juzgados de materia en delitos sobre sustancias controladas, se advierte que los operadores de justicia están debidamente informados sobre el contenido de las medidas cautelares en función del proceso y no hacen eco de la opinión pública adversa, motivada por la prensa basada en una supuesta impunidad que la aplicación de las medidas cautelares está ocasionando a favor de delitos graves, campaña que corroe a la opinión pública y que se apoya más en las repercusiones sociales que asumen algunos delitos, como ser secuestros, atracos en vía pública, violaciones y asesinatos. Referidos más a aspectos propios de la sanción estatal de los delitos, a su persecución oficial, que a las medidas cautelares cuyos fines son otros. Pero el examen de la aplicación de las normas sobre medidas cautelares advierte que la campaña de orientación y socialización de la ley 1970, o sea sobre el cambio que el Nuevo Código de Procedimiento Penal iba a introducir en la administración pronta de justicia en materia penal, no ha llegado al grueso de la opinión pública. Para neutralizar esta situación adversa también se advierte que han sido llevados al proceso oral casos graves con prueba plena de culpabilidad, logrando que los tribunales escandinavos empiecen aplicando condenas de 30 años, casos de asesinato, y así se ha aplacado en parte la campaña adversa al Nuevo Código de Procedimiento Penal, aspectos que tocan a la política criminal más que al Derecho propiamente tal.

El propósito de asumir un examen referido a la aplicación de la Ley 1008 y su relación con las medidas cautelares de la Ley 1970, se ha orientado a una materia penal y del proceso penal, que ocasionó las mayores violaciones a los principios de legalidad, proporcionalidad, oportunidad, igualdad, porque esta ley draconiana en el período crítico del narcotráfico se aplicó inquisitorialmente imponiendo condenas basadas en las conclusiones del Ministerio Público y la presión de la Embajada norteamericana, más que a criterios de justicia,

provocando que la carga imperativa del Ministerio Público y la presión de la Embajada norteamericana, se acumulasen procesos en las instancias superiores, originando una demora judicial cuyas consecuencias han sido una cantidad de reclusos sin sentencia de condena ejecutoriada, lo que ha tratado de aliviar la Ley de Fianza Juratoria, autorizando el beneficio de libertad provisional para los reos sin condena que hubiesen permanecido detenidos por más de 18 y 24 meses, según los casos y otros tuviesen en su favor sentencias absolutorias o sobreseimientos o sentencias condenatorias sin ejecutoria. Pudiéndose adelantar que la Ley de Fianza Juratoria y la Ley 1970 (NCPP) en la materia que mayor repercusión han tenido es en la represión de sustancias controladas, Ley 1008.

Un cuadro distinto se presenta en la aplicación de medidas cautelares de los procesos penales que están bajo la competencia de los jueces instructores liquidadores, a cuyo cargo han quedado los asuntos tramitados por el Decreto Ley No. 10436 de 23 de agosto de 1972, que puso su vigencia el Código de Pdto. Penal a partir del 2 de abril de 1973, bajo el sistema mixto o acusatorio reformado, al decir del profesor Maier. En el caso seguido por el Juez segundo de Instrucción en lo Penal Liquidador de la ciudad de El Alto, Dr. Freddy Alex Gutiérrez Flores, las medidas cautelares, no obstante regir sobre dicha material el Nuevo Código de Procedimiento Penal, sigue aplicando el rigor del sistema inquisitivo, incluida la carga de la prueba sobre el imputado a quien se le impone la carga de demostrar que no ha de obstaculizar el proceso ni tiene propósito de fuga y peor aún, que se desvirtúan los propios fines de pena, convirtiendo ésta, en un medio para asegurar el cumplimiento de obligaciones civiles, firma de documentos de venta, pagos de daños y perjuicios, distorsionando los de aseguramiento de los fines del proceso y aún los fines de la acción penal, de la sanción estatal, que no son los de la coerción para hacer cumplir obligaciones civiles. Es el caso que acompañamos seguido por querrela de Martín Mendoza contra José Demetrio Mamani, caso en que la acción penal ha prescrito por delito de estafa que se habría cometido en 1982 y 1984, donde las diligencias de policía judicial han durado más de 10 años, habiéndose iniciado en 1989.

En cambio adecuándose a la reforma de la administración de justicia y al logro de seguridad jurídica que exige el tiempo actual, en las relaciones que rigen entre la sociedad civil y el Estado y entre los propios miembros de la sociedad civil, los jueces cautelares vienen aplicando criterios de oportunidad que atemperan los rigores de principios de oficialidad y legalidad, además de innovar en materia de medidas cautelares, haciendo de la detención preventiva no la regla como sucedía en el sistema mixto, sino una determinación de excepción.

Para la aplicación de una medida cautelar personal, en el caso sustentado por el Ministerio Público contra Lidia Hilaria Centellas García, imputada de delito de Falsedad Material y otros, la Fiscalía acusó que había recogido mercadería utilizando recibos falsos, que fugo y evitó cualquier notificación, que fue identificada por los testigos, que existe en su contra la sospecha de ser autora de falsificación de depósitos bancarios, que ha sido buscada y no tiene domicilio fijo y que solicita la detención preventiva de conformidad con el Art. 233 del NCPP. La defensa alegó que no hay requerimiento para su detención, que la detención por particulares sólo es permitida en caso de flagrancia, que no fue así por lo que su detención es ilegal, que el delito que se le acusa tiene pena mínima de un año, que no se adjuntan los documentos que habría falsificado, habiendo sólo una imputación formal, que la imputada está embarazada debiendo aplicársele el Art. 232 del NCPP y que tiene domicilio conocido.

La fiscalía ha replicado que el cuaderno original está en la Corte con recurso de apelación donde se encuentran todas las pruebas, que no fue aprehendida solamente por particulares, que ha eludido a la justicia, que hay ocultación maliciosa y diferente pruebas relacionadas con su identidad, por lo que se solicita una medida cautelar de carácter personal, consistente en la detención preventiva de la imputada en el Centro de Orientación Femenina de Obrajes.

Las evidencias que se tienen es que la imputada presumiblemente es la autora o participe de los hechos posibles sujetos e investigación por la relación de hechos que hace la Fiscalía y

por la declaración explícita de la imputada que tienen otros casos similares y otras víctimas de los mismos delitos en diferentes cuadernos y ante diferentes juzgados. Que la imputada tiene una residencia no mayor a 1 mes en el domicilio señalado, lo que hace establecer el peligro de fuga del art. 234 CPP, que la imputada ha permanecido oculta ante las diferentes notificaciones que se le ha realizado, lo que encajaría en lo establecido por el Art. 234 Inc. 4) del CPP, y el comportamiento de la imputada en otras investigaciones a criterio del juez expresan su voluntad de no someterse a investigación. Dictándose Auto Motivado, en 11 de octubre de 2001, con el tenor siguiente.

VISTOS Y CONSIDERANDO: El cuaderno de investigaciones cuyos originales están en apelación realizada por la empresa Companex en contra de la resolución dictada a favor de Franklin Escalier y otros por la comisión de los delitos sancionados por el Art. 3335 estafa en relación al 346 bis del Código Penal agravación en caso de víctimas múltiples, 198 falsedad material, 199 falsedad ideológica y 201 cheque en descubierto la fundamentación cursante fs. 6 ampliada en audiencia por la Sra. Fiscal realizando la imputación formal quién indica que la imputada pese a que fue en diferentes oportunidades y en diferentes casos similares al presente, no fue encontrada eludiendo las citaciones de la fiscalía, obstaculizando la presente audiencia a nombre de la República y por la jurisdicción que por ella ejerce DETERMINA la aplicación de una medida cautelar de carácter personal consistente en la detención preventiva que se realiza en el Centro de Orientación Femenina de Obrajes a tal fin librese el correspondiente mandamiento. Quedando notificadas las partes a Hrs. 16:15 del día 11 de octubre del 2001, para que de conformidad al Art. 251 del CPP se haga uso del recurso de Ley.

DEFENSA: Solicito que revoque de conformidad al Art. 250 del CPP la presente resolución.

Sr. JUEZ: no se modifica puede apelar

DEFENSA: Apelo de la presente resolución.

SR. JUEZ: en mérito al recurso de apelación interpuesto por la defensa en representación de la imputada Lidia Hilaria Centellas García remítase obrados al tribunal llamado por Ley.

Con lo que termina la presente audiencia.

TÓMESE RAZON Y REGÍSTRESE

Dr. Alvaro L. Melgarejo Escalante
JUEZ 6° DE INSTRUCCIÓN EN LO PENAL

La Paz – Bolivia

Homologación de conciliación – Caso N° 46/01, Juzgado 6° de Instrucción en lo Penal dentro del cuaderno de investigación seguido a instancia de Ricardo Paredes Figueroa y otra contra Sheyla Vargas Vargas por el delito de estafa y estelionato

AUTO MOTIVADO

A, 4 de septiembre de 2001

VISTOS Y CONSIDERANDO: El cuaderno de investigaciones signado con el Número 317/01 a denuncia de Ricardo Paredes Figueroa y Carmen Flores Pareja en contra de Sheyla Vargas Vargas por la comisión del delito de estafa y estelionato.

La imputación formal realizada por la Sra. Fiscal y el acta de conciliación de fs. 87 en los términos expuestos en la misma y ratificándose estos extremos en la presente audiencia por las partes que intervienen en el presente cuaderno de investigaciones.

Que, de conformidad con el art. 51 Inc. 5) la Ley facultad a los jueces de instrucción homologar la conciliación cuando esta le sea presentada.

POR TANTO: sin ingresar en mayores consideraciones de orden legal el penal de la Capital a nombre de la república y en virtud de la jurisdicción que ejerce de conformidad con el Art. 27 Inc. 6 y 7 del art. 54 Inc. 5) del código de Procedimiento Penal HOMOLOGA LA CONCILIACION de partes de fs. 87 del cuaderno de investigaciones en los términos expuestos en este documento y determina se realice la anotación preventiva ante las oficinas de DDRR del bien inmueble que está inscrito bajo la partida computarizada nro. 01450047 que está a nombre de Eloy Chambilla Mamani ubicado en el exfundo Achumani con fecha de inscripción 210598 con el instrumento público No. 1182 de fecha 28/11/1997 por ante el notario Ricardo Robles Vizcarra con una superficie de 1300 mts cuadrados, se notifica a las partes con la presente Resolución en fecha 21 de septiembre a Hrs. 10:00 del presente año para que hagan uso de las facultades que la ley les confiere.

Con lo que se suspende la presente audiencia.

TÓMESE RAZÓN Y REGÍSTRESE

Dr. Alvaro Melgarejo Escalante

JUEZ 6° DE INSTRUCCIÓN EN LO PENAL

La Paz – Bolivia

Dra. Helen L. Gutiérrez Miranda

Secretaria Abogada

Del juzgado 6° de Instrucción en lo Penal

SUSPENSIÓN CONDICIONAL EL CUADERNO DE INVESTIGACIONES
FIJÁNDOSE UN PERÍODO DE PRUEBA

Resolución N° 21/01 del Juzgado 6° de Instrucción en lo Penal dentro el cuaderno de diligencias a instancias del Ministerio Público contra Daniel Antonio Deri Volpati por el delito de lesiones graves y gravísimas en accidente de tránsito.

AUTO MOTIVADO

A, 13 de agosto de 2001

VISTOS Y CONSIDERANDO: El cuaderno de investigaciones signado con el N| 5632/01, por colisión en estado de ebriedad seguido por el Ministerio Público en contra de Daniel Antonio Deri Volpati con CI 2330879 L.P.

Que, a fs. 46 el sr. Representante del Ministerio Público fundamenta la solicitud de suspensión condicional del proceso de conformidad con el Art. 23 del CPP y ratificado en la presente audiencia con la mención de que a fs. 40 cursa en el cuaderno de investigaciones desistimiento del Sr. Iván Yilimori con CI 2704243 LP a favor del imputado y que a fs. 41-45 se puede evidenciar que los daños civiles han sido reparados.

Que, los argumentos de la fiscalía son compartidos por el abogado de la defensa solicitando de igual forma la suspensión condicional del proceso, ampliando estas medidas de que el imputado se integre en un curso de reeducación vial para su enmienda y corrección de las actitudes que ha tenido.

Por lo expuesto y siendo viable la solicitud de ambas partes de conformidad con el Art. 23 y 24 del CPP, el Juez sexto de Instrucción en lo Penal cautelar de La Paz a nombre de la república y en virtud de la jurisdicción que por ella ejerce determina la suspensión condicional del presente cuaderno de investigaciones fijando un periodo de prueba de un año y determinando las siguientes condiciones y reglas que deberá cumplir el imputado dentro de este plazo consistente en:

1. Prohibición de cambiar de domicilio sin autorización del Juez
2. Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas
3. Prohibición consumo de bebidas alcohólicas
4. Asimismo deberá someterse a un curso de reeducación vial que deberá ser cumplido en los que están programados por el organismo de Tránsito para la extensión de las licencias de conducir
5. Prohibición de conducir vehículos dentro del plazo fijado en el presente auto motivado.

Queda notificado el imputado en audiencia y se le advierte que el incumplimiento a las reglas señaladas dará curso las consecuencias señaladas en el Art. 25 CPP referente a la revocatoria.

Pudiendo las partes acudir a lo dispuesto por el art. 25 CPP referente a la revocatoria.

Pudiendo las partes acudir a lo dispuesto por le Art. 251 del CPP quedando notificadas a Hrs. 10.00 del 13 de agosto del 2001.

Debiendo comunicarse al Juez de ejecución Penal de conformidad al Art. 55 Inc. 1) Con lo que concluye la presente audiencia.

TÓMESE RAZÓN Y REGÍSTRECE

Dr. Alvaro Melgarejo Escalante
JUEZ 6° DE INSTRUCCIÓN EN LO PENAL
La Paz – Bolivia

Dra. Helen I. Gutiérrez Miranda
Secretaría – Abogada
Juzgado 6° de Instrucción en lo Penal
CRITERIO DE OPORTUNIDAD

RESOLUCIÓN N° 50/01 del juzgado sexto de Instrucción en lo Penal cautelar dentro del cuaderno de investigaciones seguido a instancias del Ministerio Público contra Reiner Janka y Otros por el delito de Falsedad Material y otros.

AUTO MOTIVADO

A, 11 de octubre de 2001

VISTOS Y CONSIDERANDO: el cuaderno de investigaciones signado con el N° 3335/01 a denuncia del Ministerio público por la comisión de los delitos de falsedad Material, falsedad Ideológica y Uso de Instrumentos falsificado, señalados y tipificados en los Art. 196, 199 y 203 del CP en contra de los imputados Reiner Janka Honi, Alberto Chávez Moreno, María Eugenia Mercado Chávez y María Elena Rivera Moreno de generales detalladas en este cuaderno e investigaciones en el acta correspondiente.

La solicitud del Sr. Representante del Ministerio Público cursante a fs. 214, 215, 216 y 217 del cuaderno de investigaciones ampliado en la presente audiencia y bajo los términos determinados en el acta correspondiente solicitado a favor del Sr. Reiner Janka Honi, de conformidad al art. 21 CPP en un criterio de oportunidad consistente en prescindir de la persecución penal en su favor de conformidad lo establecido en los numerales 1 y 4 de este artículo, de igual forma otorgar el mismo trato a la Sra. María Elena Rivera Romero porque en su fundamentación indica que no es autora directa y que existen una participación de complicidad de los hechos denunciados, en relación con los Sres. Alberto Chávez Romero y María Eugenia Mercado Chávez de conformidad al Art. 23 del CPP solicita la suspensión condicional el proceso consistente en prohibición de cambiar de domicilio, someterse a vigilancia por un tiempo no menor a dos años, la prohibición de realizar trámites y obtención de documentación para terceras personas, y con respecto específicamente a María Eugenia Mercado Chávez la prohibición de trabajar en la repartición de identificación.

Que, se ha trasladado la fundamentación del Sr. Fiscal que establece la irrelevancia del hecho y que no existe daño económicamente cuantificable así como que es previsible el perdón judicial conforme a lo establecido por el art. 21 Inc. 1 y 4 del CPP a los abogados de la defensa para su consideración todos y cada uno de ellos por turno manifiestan su conformidad y se adhieren a la solicitud del Sr. Fiscal, al mismo tiempo solicitan se dejen sin efecto las medidas cautelares señaladas en las audiencias correspondientes y conforme a procedimientos.

Que, consultados los imputados en relación a la fundamentación del Sr. Fiscal, los Sres. Alberto Chávez Romero y María Eugenia Mercado Chávez manifestaron su conformidad con el requerimiento así como indican que van a cumplir las determinaciones que se señale en la presente audiencia.

De igual forma todos los imputados dan su conformidad de someterse las salidas alternativas al juicio oral solicitadas por el Sr. Fiscal.

POR TANTO: habiéndose realizado la audiencia conclusiva de conformidad al Art. 325 y 326 y 327 del CPP, el Juez sexto e Instrucción en lo Penal en la ciudad de La Paz a nombre de la República de Bolivia y en virtud de la jurisdicción que por ella ejerce DETERMINA la aplicación de un criterio de oportunidad consistente en prescindir de la persecución penal a favor de Reiner Janka Honi y de Conformidad al Art. 22 del mismo cuerpo de leyes primer párrafo determina que sus efectos se extienden a todos y cada uno de los partícipes, habiéndose fundado la irrelevancia social del hecho por parte del Sr. Fiscal.

Se notifica a las partes que de conformidad al Art. 252 del CPP pueden hacer uso de las facultades que la ley los confiere, a Hrs 11:00 a.m. del día 10 de octubre del presente año.

En relación a las medidas cautelares fijadas en la correspondiente audiencia. Se dispone dejar sin efecto todas y cada una de ellas a tal fin oficiase al Director de Migración, con relación a la fianza económica por la Dirección Administrativa del Consejo, de la Judicatura realícese el trámite correspondiente para que proceda a la restitución de los montos empozados.

Con lo que termina la presente audiencia.

ANTE MÍ

Dr. Alvaro L. Melgarejo Escalante

Juez 6° de instrucción en lo penal

La Paz – Bolivia

Dra. Helen L. Gutiérrez Miranda

Secretaria – Abogado

Jusgado 6° de Instrucción en lo Penal

La Paz – Bolivia

CONCLUSIONES

1. Las medidas cautelares en el proceso penal, no obstante su propia finalidad se hallan insertas en la contravención a una norma de deber penal:
2. Se suscita el conflicto cuando se observa la eficiencia de todo procedimiento penal, entre el éxito de la persecución penal. que culmina con la condena del autor y frente a ello, la vigencia de un sistema de resguardo y garantías para quién sufre la imputación de autor. De ahí la conveniencia de regular la actividad coercitiva del procedimiento penal.
3. La vigencia de un sistema garantista tiene en la Constitución Política del Estado la piedra fundamental del estado social de derecho.
4. En el derecho penal material la sanción busca determinados fines de enmienda o prevención, en cambio en el derecho procesal penal no se involucra reacción ante nada, sino solamente la protección de los fines que el proceso penal persigue subordinados a la eficaz actuación de la ley sustantiva.
5. El carácter cautelar durante el proceso busca cumplir los fines que el proceso persigue, tales como la reconstrucción histórica de los hechos que se juzga y que son objeto de la imputación criminal, así como imponerle al imputado su sometimiento al juicio. La coerción en el proceso penal tiende a poder llevar a cabo con éxito la actividad orientada a comprobar una infracción hipotética (objeto del proceso) y, eventualmente, la sanción correspondiente. Es una garantía de la realización efectiva del Derecho Penal material que necesita que los fines del proceso se cumplan.
6. El sistema Mixto o acusatorio reformado representa un avance, pero no cumple sus fines por la falta de participación ciudadana y porque en el período preparatorio del juicio privan los resabios del inquisitorio, momento del proceso en el que se producen

las mayores violaciones en contra de las garantías constitucionales y del derecho a un “juicio justo”, explicándose entre otras causas a la forma como se afirmó el poder político central en cada una de nuestras naciones, alejando a la ciudadanía de toda participación y control social. En este sistema mixto la detención preventiva se convierte en la regla vulnerándose su carácter excepcional, la proporcionalidad y la presunción de inocencia a pesar de su consagración constitucional.

7. En el sistema acusatorio vigente contenido en el Nuevo Código de Procedimiento Penal rige el principio de aplicación excepcional de las medidas cautelares, aplicando la normatividad del Título segundo de la Constitución Política del Estado. El Art. 7° del NCPP señala el principio de excepcionalidad y el Art. 221 del CPP sienta los principios de aplicación restringidos a lo indispensable para la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley. Tales límites están sujetos a los principios de temporalidad, proporcionalidad y presunción de inocencia.
8. Entre los nuevos paradigmas del procedimiento cautelar se encuentran los principios de defensa y contradictorio. Surge la ofensividad en relación a la sociedad, cambiando la relación vertical que el proceso tiene en función a la víctima por una relación horizontal. El derecho de defensa es un atributo que primeramente corresponde a la persona y subsidiariamente a la sociedad y es el origen, en el estado de derecho de la potestad punitiva y del principio de selección en este derecho de castigar que es atributo del poder político. El principio de selección se manifiesta en el principio de intervención mínima, permitiendo racionalizar la intervención del Estado y la vigencia del principio de proporcionalidad y el de subsidiariedad, haciendo del Derecho Penal la *última ratio* de la política social. Frente al principio de legalidad u oficialidad, surge en la modernidad, el principio de oportunidad reglada, confluyendo en el potenciamiento del Ministerio Público, que responde no sólo al principio de legalidad sino, también, al de discrecionalidad.

9. Los nuevos paradigmas valorizan el juicio oral y la publicidad en el procedimiento penal, que garantizan la prosecución del proceso hasta su natural conclusión: la sentencia; pero, también, el punto de partida que advierte la concepción moderna es que el juicio oral no ofrece la agilidad exigida, originando en muchos casos el *pericolo in morea*. Algunos países respondiendo a la pregunta ¿si todos los casos necesitan juicio oral? Han diseñado los códigos tipo de procedimientos especiales, como sucede con el Código de Procedimiento Penal italiano de 1987. Por ejemplo, en casos en que el individuo es sorprendido con las manos en la masa, se asume el procedimiento abreviado, el *iudizio immediato*, el *plea bargaining* el *giudizi abbreviato y applicatione della pena su richiesta della sua parte*
10. Sus repercusiones en el procedimiento cautelar son inmediatas, así en la *applicatione della pena su richiesta della sua parte*, el tratamiento similar al del *plea bargaining* sólo se aplica cuando la sanción es alternativa a la privación de libertad, por ejemplo, hasta 3 años de privación de libertad. En tal caso si hay penas alternativas a la privación de libertad, no cabe la detención preventiva.
11. La detención preventiva en la doctrina moderna mantiene el carácter de decisión jurisdiccional y su carácter provisional. La detención preventiva en su aspecto subjetivo contempla dos presupuestos: el peligro de fuga por parte del inculpado y el peligro de obstaculización de la averiguación de la verdad. Su subsidiaridad está referida a la prioridad que tienen sobre ella otras medidas cautelares menos coercitivas.
12. *El periculum in morea y el fumus bon iuris o título de buen derecho*, coconstituyen los requisitos de afirmación de las medidas cautelares. *El periculum in morea* vincula una serie de elementos, como ser: la gravedad del delito, las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado. Al destacar tales elementos se está reconociendo a la medida un elemento primario que afirma una característica retributiva. Así, también, al revisarse los antecedentes de la personalidad del imputado dentro de una perspectiva objetiva o subjetiva, como podría ser una especial violencia en la ejecución del delito o

referente a la posibilidad futura de volver a delinquir, se está cayendo en un juicio prevencionista, aspecto ubicado de una perspectiva que es propia de la acción, adelantándose en un juicio que corresponde al último momento del proceso penal, pero que, sin embargo, se introduce en la fase cautelar.

13. El examen de los antecedentes del imputado está en función de cumplir los fines del proceso y no de los de la imposición de la pena, lo que no fue entendido en el periodo de la *vacatio legis* cuando se da comienzo a la aplicación de las medidas cautelares contenidas en el NCPP, confundiéndose lamentablemente en la opinión pública ambos aspectos, cayendo una ola de indignación cuando comienza a hacerse de la detención preventiva la excepción y no la regla.