

1. Elementos para el Marco Teórico.

1.1. Conceptos y Definiciones.

Es necesario establecer un marco teórico de las medidas cautelares, para lo cual se debe partir delimitando las significaciones de dichos instrumentos procesales, para dicho cometido es ineludible analizar las ilustraciones brindadas por la doctrina penal; en dicha tarea podremos construir de manera cierta no solo las significaciones sino también sus características restrictivas con la finalidad de estructurar una propuesta de modificación.

Al respecto corresponde considerar que las medidas coercitivas son actos procesales de coerción directa que, pese a recaer sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial de las personas, se disponen con la finalidad de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado puede realizar durante el transcurso del proceso instaurado en su contra llegando incluso a frustrarlo, en perjuicio claro está, de los interesados de que el ejercicio de la persecución penal se materialice.

Si el imputado por ejemplo, se fuga o simplemente no se somete a la investigación es imposible que el proceso se realice y llegue a su fin, lo natural es que se reserve hasta que sea habido.

Es natural que una persona cualquiera, ante la imputación de la comisión de un delito medianamente grave, por instinto de conservar su libertad, realice actos o conductas tendientes a sustraerse o esconderse de la acción de la justicia. En otros casos, ante la imputación de un delito es posible que pueda perturbar la actividad probatoria a fin de evitar ser encontrado responsable y por ende, sancionado. En tanto que en otros supuestos, es posible que el imputado buscando proteger la integridad de su patrimonio, trate de desprenderse de su patrimonio con la evidente finalidad de frustrar el pago de la reparación civil que corresponda, etc.

En síntesis diremos que para poder encontrar una definición exacta de lo que son las medidas cautelares, debemos concertar con la gran cantidad de definiciones aludidas por la doctrina, al respecto el autor Rocha Mejía Marcelo cita una diversidad de

denominaciones de este instituto, citando a ¹“...siguiendo al tratadista Guillermo Cabanellas señalaremos que:

Las medidas Provisionales Conservativas”, son: un conjunto de disposiciones tendientes a mantener una situación jurídica o asegurar una expectativa o derecho futuro”.

La Medida Precautoria, es: disponer de medios o emplear modos que impiden los daños o males o supriman los peligros, o “las medidas de seguridad para evitar en lo posible los males reales amenazadores o supuestos...”.

Por otro lado el Diccionario Hispanoamericano de Derecho define a las medidas cautelares como ²“...Conjunto de medios que son utilizados, a nivel procesal, para proteger el posible derecho que tiene uno de los litigantes, respecto de un objeto o una persona. En los procesos judiciales se disputa la existencia o no de un derecho que es alegado a favor propio por parte del demandante; y el objeto del proceso es determinar por vía judicial si tal derecho le corresponde o no, decisión que es manifestada en el fallo o sentencia final. Sin embargo, dada la demora que suelen presentar los litigios, el derecho disputado y que podría pertenecer a quien lo demanda está en riesgo de acabarse o de serle arrebatado de forma definitiva en el transcurso del litigio. Esto justifica la existencia de las medidas cautelares, estas son actos que recaen sobre las personas, bienes y medios de prueba, para mantener respecto de ellos un estado de cosas similar al que existía al momento de darle inicio al proceso, previendo así la posibilidad de que este resulte favorable al demandante y deba adjudicársele el derecho que reclama...”, el mismo diccionario jurídico explica con referencia a las medidas cautelares de carácter penal expresando ³“... con medidas coercitivas. Conjunto de disposiciones que pueden ser emitidas por un juzgado, restringiendo la libertad y otros derechos del sujeto que es procesado en un juzgamiento o de terceras personas involucradas en tal asunto, y que son adoptadas

¹ ROCHA MEJIA, Marcelo “Regímen Constitucional de las Medidas Cautelares”, Editorial Diagramación Gráfica Emanuel, Cochabamba Bolivia, Pág. 10.

² DURAN URREA, Margarita María y Otros “Diccionario Hispanoamericano de Derecho”, Editorial Grupo Latino de Editores, Bogota Colombia 2008, Pág. 1391

³ DURAN URREA, Margaria María y Otros; Ob Cit. Pág. 1391.

por el juez para facilitar su camino en la búsqueda de la verdad para así emitir un fallo. En la legislación comparada, estas medidas pueden estar agrupadas en una sección de la normatividad,, o hallarse dispersas a lo largo de los textos normativos que integran el ordenamiento. Pueden tener como función: a) asegurar la conservación de los objetos en disputa, sustrayéndolos del comercio, dejando en manos de funcionarios judiciales, etc., b) establecer la verdad cuando ante las indagaciones normales adelantadas por el tribunal surgen obstáculos especiales; c) Hacer que comparezcan en juicio las personas que para ello han sido solicitadas y cuya presencia se estima de importancia para el proceso...”

Por su parte GUASP DELGADO, citado por Silvia Varona Vilar en: Medidas Cautelares Penales” señala que las medidas cautelares ⁴“...son aquellas que tienen por objeto facilitar otro proceso principal, garantizando la eficacia de sus resultados.”

DE SANTO en su diccionario de derecho Procesal, señala que las Medidas Cautelares son “las que se adoptan en un juicio o en un proceso, a instancia de parte o de oficio para evitar la salida de algún bien del patrimonio del deudor, en desmedro de la garantía colectiva de los acreedores.”.

Realizadas las definiciones respectivas corresponde analizar el concepto de medidas cautelares.

1.1.1. Concepto de Medidas Cautelares.

Previo a establecer la significación de las medidas cautelares, comenzaremos realizando una breve cita histórica de las medidas cautelares, ⁵“... Históricamente se tiene conocimiento de su aplicación antiquísima ya que el seguimiento de la evolución del proceso penal y de los sistemas procesales penales que lo estructura, nos permiten apreciar su data perdida en la lejana antigüedad, amén de que en las civilizaciones primitivas era regla de oro el encarcelamiento inicial de los sospechosos para evitar no sólo su fuga sino ante todo para que no perturbare el

⁴ BARONA VILAR, Silvia “Medidas Cautelares Penales, Nuevo Proceso Penal Boliviano”, Editorial El País Santa Cruz de la Sierra Bolivia 2002, Pág. 34

⁵ ZAPATA CHAVEZ, Froilán “Derecho Procesal Penal y Procedimiento Penal Boliviano, con las Modificaciones de las Leyes 004 y 007”, Editorial Olimpo Editora de los Libros, Cochabamba Bolivia 2013, Pág. 520

accionar de averiguación de quien impartía justicia, por lo que con ese justificativo, la autoridad, ante la primera noticia *críminis*, disponía el apresamiento del denunciado y su encierro en las mazmorras, para luego imponerle una serie de castigos y tormentos físicos y morales, a fin de que confesare su autoría y el *iter críminis*. Es de hacer notar que esta medida genérica y drástica, durante la vigencia del sistema procesal acusatorio practicada ante todo en la Grecia antigua y la Roma Republicana tuvo alguna benignidad y consideración con los implicados en delitos de poca gravedad punitiva y de escasa magnitud social, haciendo que puedan favorecerse excepcionalmente de la liberta provisional con una fianza, invirtiéndose la situación durante la vigencia del sistema inquisitivo, en el que la regla era la prisión preventiva del inculcado, a quién no sólo se le imponía esta medida, sino que se le sometía a todo tipo de atropellos físicos en pos de que aceptase su autoría, e informare sobre los otros comprometidos en la comisión del injusto, haciendo que la confesión se convirtiera en la reina de las pruebas y el mayor triunfo del juez torturador, que en la práctica se erigía como el protector de la sociedad y la víctima y adversario o mejor enemigo y verdugo principal del inculcado que considerado como peligro social, debió ser definitivamente excluido o eliminado del medio para evitar que contagie sus malas acciones...”.

Es necesario establecer la significación de este instrumento procesal, cogiendo la noción que tienen diferentes procesalistas penales, tanto nacionales como internacionales, a este objeto recurrimos a construir el concepto de las medidas cautelares para posteriormente y de manera particular conceptualizar el instrumento procesal más gravoso como es la detención preventiva.

El autor nacional Wilson Remberto Garcia Caba de manera general conceptualiza las medidas cautelares explicando que ⁶“...las medidas cautelares personales son instrumentos procesales que privan o restringen la libertad del imputado, dictado por el juez competente, con la finalidad de garantizar los fines del proceso...”.

⁶ GARCIA CABA, Wilson Remberto “Detención Preventiva y el Presupuesto de la Gravedad de la Pena que Podría llegar a Imponerse, en el Peligro de Fuga”, Editorial Jurídica Temis, La Paz Bolivia 2009, Pág. 52.

Algunos autores como Gimeno Sendra, toman como parámetro la gravedad del delito en dicha conceptualización y alcance de las medidas cautelares exponiendo: ⁷“...Por tales medidas cabe entender las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que, pueden adoptarse en el curso de un procedimiento penal contra el imputado, por un delito de tal gravedad que haga presumir su riesgo de fuga o su ocultación personal o patrimonial, por las que se limita provisionalmente su libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia...”, resaltar que luego de las modificaciones en la ley 007 en la legislación boliviana se consideró la gravedad del delito en los peligros procesales, siendo en la práctica el principal fundamento en la aplicación de las medidas cautelares más gravosas por parte del órgano jurisdiccional.

Explica Barona Vilar que ⁸“...las medidas cautelares se convierten en los instrumentos técnicos jurídicos que tienen una función procesal de evitar que se realicen todas aquellas actuaciones que impidan o dificulten la actividad de la sentencia que en su día se dicte, frustrando la eficacia del proceso penal mismo....”.

Partiendo de dicho concepto la citada autora española, aclara que ⁹“... toda medida cautelar es instrumental ya que en el proceso penal al finalizar mediante una sentencia, salida alternativa u modos de extinción de la acción penal, supone que las mismas se extinguen, las cuales conllevan como efecto directo la cancelación de las medidas cautelares.”

De lo cual se puede concluir que las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas, “como la sentencia” por tanto su aplicación dura mientras exista la necesidad de garantizar el normal desarrollo de la sentencia, la averiguación de la verdad, o el cumplimiento de la ley.

Esta elucidación, es brindada por Marcelo Rocha Mejía, el cual expone ¹⁰“...la norma justifica el accionar de las medidas cautelares brindando como finalidad la de

⁷ GIMENO SENDRA, Vicente “Manual de Derecho Procesal Penal”, Editorial Edipack Gráfico, Madrid España 2010, Pág. 319.

⁸ BARONA VILAR, Silvia “Medidas Cautelares Penales”, Ob. Cit. Págs. 36 y 37

⁹ Idem. Pág. 38.

¹⁰ ROCHA MEJIA, Marcelo “Régimen Constitucional de las Medidas Cautelares”, Ob. Cit. Pág. 11.

asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso principal determinado, para que la justicia no sea obviada haciendo de imposible cumplimiento el mandato judicial, tan es así que se dice que las medidas cautelares están destinadas mas que hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra...”, por otro lado, corresponde diferenciar el término medidas cautelares con el de detención preventiva, ya que este último importa un resultado más concreto de las mismas, por lo que el fin de la detención preventiva es más específico, equivalente que es explicado por Claus Roxin mismo que expresa ¹¹“...Fin y significado de la prisión preventiva. La prisión preventiva en el proceso penal es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena.

Ella sirve a tres objetivos. 1. Pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal. 2. Pretende garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal. 3. Pretende asegurar la ejecución penal. La prisión preventiva no persigue otros fines...”, realizada dicha aclaración, desarrollaremos el marco conceptual de la detención preventiva.

1.1.2. Concepto de Detención Preventiva.

Previo a establecer el estudio del concepto de Detención Preventiva, es necesario comenzar advirtiendo la gravedad de la misma, en este sentido Claus Roxin afirma que ¹²“...entre las medidas que aseguran el procedimiento, la prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad individual; por otra parte, ella es indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente...).

Para Wilson Remberto Garcia Caba, citando a López Masle, explica el concepto de Detención Preventiva declarando que ¹³“...son aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el tribunal en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento...”,

¹¹ ROXIN, Claus “Derecho Procesal Penal”, Editorial Editores del Puerto, Madrid España 2010, Pág. 526

¹² ROXIN, Claus “Derecho Procesal Penal”, Ob. Cit. Pág. 527

¹³ GARCIA CABA, Wilson Remberto “Detención Preventiva y el Presupuesto de La Gravedad de la Pena que Podría Llegar a Imponerse en el Peligro de Fuga”, Ob. Cit. Pág. 51.

Por otro lado Barona Vilar conceptualiza este instrumento procesal como ¹⁴“...la restricción del derecho a la libertad individual de una persona, ordenada por el órgano jurisdiccional competente y que tiene por objeto el ingreso del imputado en el centro penitenciario como instrumento para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la sentencia...”.

Así, la prisión preventiva dice Muñoz Conde y Moreno Catena, ¹⁵“... es el patrón más importante entre las instituciones procesales para valorar el carácter democrático de un Estado, porque en ella se refleja más que en ninguna otra institución, más incluso que en la propia pena, la ideología que subyace a un ordenamiento jurídico determinado...”. Es así que muchos expresan que el carácter democrático de un estado puede ponderarse como garantista de derechos fundamentales, o por el contrario, inquisidor en la restricción de los mismos.

Los conceptos que más se resaltan son aquellos que preponderan su provisionalidad en su aplicación de la detención preventiva

En Nuestra legislación, se establece los presupuestos materiales que deben concurrir para que se dicte la detención Preventiva, pero no la define. Víctor Cubas Villanueva, señala que ¹⁶“... la prisión preventiva es una medida coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional, que dicta el Juez de la Investigación Preparatoria en contra de un imputado en virtud de la cual restringe su libertad individual ambulatoria, para asegurar los fines del proceso penal; agrega, que este mandato está limitado a los supuestos que la ley prevé...”.

El profesor español de derecho procesal Gimeno Sendra, también resalta la provisionalidad en el concepto de la detención preventiva exponiendo ¹⁷“...Constituye la detención una medidas cautelar de naturaleza personal y provisionalísima, que puede adoptar la autoridad judicial, policial e incluso los

¹⁴ BORONA VILAR, Silvia “Medidas Cautelares Penales, Nuevo Proceso Penal Boliviano”, Pág. 109

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y MORENO, Catena “La Prisión Provisional en el Derecho Español, en la Reforma Penal y Penitenciaria”, Editorial Artes Gráficas Santiago de Compostela España, 1980, Pág. 105.

¹⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor “Las Medidas de Coerción, en el Nuevo Código Procesal Común, Diplomado Internacional de Derecho Penal y Análisis del Nuevo Código de Procedimiento Penal, Editorial APECC, 2005, Pág. 5.

¹⁷ GIMENO SENDRA, Vicente “Manual de Derecho Procesal Penal”, Ob. Cit. Pág. 329.

particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, bien de ponerlo a disposición de la Autoridad judicial, bien, si se encuentra ya en dicha situación, de resolver sobre la misma, restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos interina...”, el carácter temporal en la aplicación de la detención preventiva, no solo debe ser resaltada a la hora de conceptualizar dicha medida coercitiva, sino materializada en la norma adjetiva de la legislación en cuestión al momento de considerar los casos en que debe cesar la detención preventiva.

Considérese, en el supuesto de mora procesal “excesiva retardación de justicia”, por motivos específicos como el cambio de jueces, la recarga laboral de los juzgados, la poca designación de juzgados penales por falta de presupuesto económico, etc., dicha medida cautelar no debe estar supeditada al pendiente proceso principal, pues el legislador debe establecer un límite en su culminación, vencido el cual, se debe materializar la provisionalidad de la medida instrumental coercitiva, toda vez que el imputado no tiene porque pagar con su libertad, dichas deficiencias del sistema penal. Dichas contingencias también son existentes en otras legislaciones, por lo que la doctrina también las critica, el español Gimeno Sendra afirma que ¹⁸“...la realización de la totalidad de los actos de investigación, que constituyen la función de la fase instructora, puede durar meses, incluso años...”, por lo que se puede concluir que la demora en los actos de investigación plasmados en meses, incluso años, es el problema en la administración de justicia de muchos países, y como tal, debe ser encarado impartiendo normativas que efectivicen tanto una persecución penal eficaz, y el derecho del imputado a una justicia pronta y oportuna.

1.2. Clases de Medidas Cautelares

En la Legislación Nacional se reconoce dos clases de medidas cautelares: a) Las Reales o Patrimoniales y, b) las personales.

Las medidas cautelares de carácter personal, tienen como finalidad asegurar la presencia del imputado en el juicio asegurando el normal desarrollo del proceso y evitar que obstaculice la averiguación de la verdad.

¹⁸ Ibidem. Pág. 330.

Diferenciándose las mismas por lo que las medidas cautelares de carácter personal tienden a imponer limitaciones a la libertad física de la persona; por otro lado las medidas cautelares reales importan una restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio.

Ambas tienen en común la finalidad de garantizar la consecución de los fines del proceso y pueden afectar... al imputado o a terceros.” En el caso de la fianza económica por ejemplo.

Así la medida cautelar de carácter personal siempre tendrá como objetivo el asegurar que el imputado esté presente en el proceso, principalmente una vez dictada la condena se haga efectivo su cumplimiento, es por este motivo que esta medida cautelar casi siempre afecta la libre locomoción, sea en su forma más radical “detención preventiva” y en su vertiente menos lesiva “arresto domiciliario, el arraigo, etc.”.

Por lo que se puede diferenciar que las medidas cautelares personales efectivizan la limitación a la libertad física de la persona investigada y que tiene la calidad de ser imputado por la comisión de un delito; mientras que las medidas cautelares reales, importa una restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio. Ambas tienen en común la finalidad de garantizar la consecución de los fines del proceso y pueden afectar, “al imputado o a terceros”, siempre mediante las injerencias del poder del Estado sobre derechos fundamentales de las personas “la libertad y la propiedad”, entre otros.

1.2.1. Las Reales o Patrimoniales

Las medidas cautelares de carácter real, buscan garantizar el desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia, de manera particular el resarcimiento o reparación del daño civil causado.

Así las medidas cautelares de carácter real tienen como finalidad garantizar la reparación del daño y el pago de costas o multas entre otros fines. Sin embargo las medidas cautelares sobre bienes sujetos a confiscación o decomiso tienen como finalidad asegurar que dichos bienes queden a efectos de prueba en el proceso.

La doctrina constitucional explica que son las medidas cautelares de carácter real, así expone la S.C. N° 0513/2003-R de fecha Sucre, 16 de abril de 2003 ¹⁹“...las medidas cautelares de carácter real son aquellas que recaen sobre los bienes o el patrimonio dispuestas por el Juez del proceso (a petición de parte) y en general tienen por finalidad garantizar la reparación del daño, así como el pago de costas y multa, todo lo que se desprende de la previsión contenida en el art. 252 Código de Procedimiento Penal...”.

1.2.2. Las Personales.

Esta clase de medida personal recaen sobre la persona del imputado, y su finalidad es la de asegurar su presencia para el desarrollo normal del proceso y, cuando corresponda, el cumplimiento de la sentencia condenatoria. Sin embargo resaltar que esta clase de medida cautelar tiene mayor afectación y por tanto mayor trascendencia en el proceso penal, por cuanto suponen una afectación del derecho a la libertad.

1.3. La Detención Preventiva.

Al ser esta medida cautelar la mas gravosa, es considerada por muchos como la reina de las medidas cautelares; por suponer que su aplicación conlleva a la privación de la libertad del imputado, pues la misma debe ser ordenada por una autoridad jurisdiccional, teniendo por objeto el ingreso del imputado a un centro penitenciario, sin embargo al regir la presunción de inocencia supone que de darse esta ultima consecuencia, que la misma debe ser cumplida en un lugar apartado del resto de las personas privadas de libertad con sentencia condenatoria, aspecto que no es cumplido en nuestra realidad material.

1.3.1. Presupuestos Materiales.

Los presupuestos materiales no hacen otra cosa que garantizar el carácter excepcional de las medidas cautelares a suponer estas la restricción de derechos y garantías constitucionales.

¹⁹ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Sentencia Constitucional No. 0513/2003, Sucre 16 de Abril de 2003, Gaceta Oficial Sucre Bolivia 2003, Pág. 3.

Los presupuestos materiales hacen que para la procedencia de las medidas cautelares el órgano estatal que las solicita deba acreditar los presupuestos denominados como; *fomus boni iuris* y *periculum in mora*.

1.3.1.1. Existencia del Hecho Delictivo y Participación del Imputado (*Fumus Boni Iuris*).

Explica este presupuesto material el autor Herrera Añez, exponiendo que: ²⁰“...*El primer presupuesto material para adoptar la detención preventiva viene a ser la existencia del hecho delictivo a tener acreditada la participación del imputado en alguno de los grados que establece el Código Penal. En efecto, el Código Procesal (art. 233.1), establece que el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o del querellante, cuando concurren elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad autor o partícipe de un delito...*”

El *fomus boni iuris* traducido como la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado en el mismo, viene a exigir que el fiscal demuestre con indicios la existencia del hecho delictivo y tener acreditada la participación del imputado en dicho hecho delictual en cualquiera de las formas de participación criminal de nuestra ley sustantiva. Se revela dicho presupuesto material mediante un común denominador en la doctrina ²¹“...presupuesto material previo, la existencia de un título de imputación...sin imputación previa no existe detención legal...”.

1.3.1.2. Peligro de Fuga y Obstaculización (*Periculum in Mora*)

Una vez acreditada la existencia del hecho delictual y la participación del imputado en el mismo, corresponde acreditar el peligro de fuga y obstaculización denominado doctrinalmente como *periculum in mora*.

El *periculum in mora* es por tanto el segundo presupuesto material que debe concurrir para ordenar la detención preventiva, el cual se materializa como el peligro de fuga y obstaculización del proceso por parte del imputado.

²⁰ HERRERA AÑEZ, Willian “El Proceso Penal Boliviano”, Editorial Talleres Gráficos Kipus, Santa Cruz Bolivia 2010, Pág. 283.

²¹ GIMENO SENDRA, Vicente “Manual de Derecho Procesal Penal”, Ob. Cit. Pág. 329

1.4. Principios que rigen la Detención Preventiva.

Los principios que rigen la Detención Preventiva, se caracterizan por ser fundamentalmente por su excepcionalidad, provisionalidad, proporcionalidad, instrumentalidad, jurisdiccionalidad.

Es importante conocer dichos principios pues los mismos denotan las características generales de las medidas cautelares, porque esto ayuda a entender mejor el sentido de las mismas en cuanto a su aplicación, con mayores criterios de justicia. Además, también es importante conocer cuáles son las características intrínsecas de las mismas, es decir, la “camisa de fuerza” que impide que la restricción del derecho a la libertad en su vertiente más radical como es la detención preventiva, sea aplicada arbitrariamente, “sin provisionalidad alguna”, por parte de los órganos del poder público.

1.4.1. Principio de Excepcionalidad

Las medidas coercitivas sólo podrán ser impuestas cuando de los hechos y las circunstancias en que ocurrieron se pueda evidenciar la concurrencia de un verdadero peligro de ineficacia del proceso penal por la demora (evidencia de peligro de fuga u obstaculización de la actividad probatoria) por lo que el principio de excepcionalidad tiene por finalidad que la detención preventiva se aplique de manera excepcional y la libertad sea la regla.

Así explica el autor nacional Wilson R. García Caba ²² “...*La libertad es la regla y la detención preventiva es la excepción premisa que impera en el principio de excepcionalidad, que rige en la aplicación de la detención preventiva y tiene su basamento en el art. 22 de la Constitución Política del Estado, el cual dispone “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”*; y en el art. 23 III. De la norma suprema mencionada que refiere: “III. Nadie podrá ser detenido aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por ley...”

²² GARCIA CABA, Wilson Remberto “Detención Preventiva y el Presupuesto de la Gravedad de la Pena que Podría Llegar a Imponerse en el Peligro de Fuga”, Ob. Cit. Pág. 112.

Por lo que dicho principio de Excepcionalidad, en vista del derecho a la libertad personal es inviolable sobre todo cuando una persona perseguida penalmente lo protege el principio de presunción de inocencia (que veremos con más detalle cuando analicemos la detención preventiva y el derecho a la cesación de la detención preventiva), la regla sería la libertad y la excepción la aplicación de la medida cautelar, y ésta nunca procedería de manera generalizada.

1.4.2. Principio de Provisionalidad.

El principio de provisionalidad, encuentra realización efectiva cuando las medidas coercitivas doctrinalmente son interpretadas cuando las mismas tienen un tiempo límite o máximo de duración.

Es decir que una persona no puede estar detenida indefinidamente, sobre todo cuando la mayoría de los sistemas penales en Latinoamérica son acusados por retardación de justicia, por lo que las medidas cautelares personales de manera particular “la detención preventiva”, en su duración no es ilimitada ni mucho menos dura lo que dure el proceso, razonamiento en contrario también sería ir en contra del principio de presunción de inocencia lesionando otros derechos fundamentales como la dignidad del perseguido penalmente, por lo que todo sistema penal debe prever en la norma adjetiva “Código Procesal”, incluso, que las normas que rigen la Cesación a la Detención Preventiva, se apliquen antes que finalice el tiempo límite previsto por ley para la duración del proceso penal.

La aplicación de dicho principio, hace que se considere toda circunstancia de hecho que puedan variar los motivos que fundaron la aplicación de la detención preventiva, debido que se encuentran subordinadas a la permanencia de los presupuestos materiales. Aquí se materializa la regla del *rebus sic stantibus* que no es otra cosa que las medidas coercitivas son reformables, aun de oficio si favorece el imputado, cuando varían los presupuestos en que fueron aceptadas o rechazadas.

De ahí que algunos tratadistas le denominen medidas procesales provisionales, de ahí que la principal exigencia que deriva del principio de excepcionalidad es la de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción menos lesivas,

distintas a la privación de libertad, las llamadas medidas sustitutivas a la detención preventiva.

1.4.3. Principio de Proporcionalidad.

Proporcionalidad: Para imponerse una medida coercitiva es necesario considerar que en el caso concreto, aquella constituye el último, necesario y último recurso o alternativa para alcanzar los fines del proceso. Este principio se conforma por:

a.- Adecuación.- La medida es la más apta para alcanzar el fin legítimo del proceso.

b.- Subsidiariedad.- Último recurso.

c.- Necesidad.- Aparte de útil para alcanzar los fines del proceso penal, estos no pueden alcanzarse por otro medio.

Por lo que el principio de proporcionalidad, tiende a estar en adecuada relación con el hecho que se imputa y con lo que se busca garantizar, así por ejemplo no se podría aplicarse la detención preventiva, para asegurar la investigación en hechos de escasa relevancia social, en donde la pena a aplicarse incluso previera por procedimiento procesal el perdón de la misma o su no ejecución material de la pena.

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

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

1.4.4. Principio de Instrumentalidad.

Instrumentalidad: Las medidas coercitivas no tienen una finalidad independiente en sí mismas; por el contrario constituyen formas, medios o instrumentos que se utilizan

para garantizar la presencia del imputado en el proceso y con ello finalmente se logre el éxito de proceso

El principio de instrumentalidad, se interpreta del mismo fin que tiene la aplicación de las medidas cautelares, mismas que no tiene una finalidad en sí misma, como por ejemplo la aplicación de la pena. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria -no son penas- sino instrumental y cautelar: sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

Es por este motivo que la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso.

Así por ejemplo, para evitar el peligro de obstaculización en la averiguación de la verdad, cuando el imputado intente amenazar o sobornar a testigos, alterar los rastros del delito, etc., lo que haría peligrar el descubrimiento de la verdad, se permite restringir su libertad de locomoción mediante la detención. Y si se temiera que, aún privado de libertad, pueda intentar todavía entorpecer la investigación por medio de terceras personas, se podrá disponer su incomunicación con dichas personas bajo advertencia de no modificar su situación procesal por este motivo “la prohibición de comunicarse con testigos participes, peritos, etc.”. Asimismo, cuando en el caso concreto sea presumible que el imputado preferirá darse a la fuga antes que someterse a la pena que se le pudiera imponer, frustrando así la efectiva aplicación de la ley sustantiva, se autoriza también la imposición de restricciones a su libertad (detención preventiva, el arraigo, etc.).”

1.4.5. Principio de Jurisdiccionalidad.

Jurisdiccionalidad: Las medidas coercitivas sólo pueden ser impuestas, modificadas, ampliadas, suspendidas, acumuladas, por la autoridad jurisdiccional competente, en este caso, por el Juez de la investigación preparatoria “juez de instrucción cautelar en lo penal”.

Sólo como excepciones a este principio aparecen la detención policial o el arresto ciudadano, cuando en ambos casos, medie la especial situación de flagrancia

delictiva, sin embargo esta situación de una persona aprehendida por particulares o por miembros de la policía nacional o el fiscal, debe ser considerada definitivamente por el juez que ejerce el control de las garantías de la persona cuatelada.

Por lo que cabe concluir que por aplicación del principio de Jurisdiccionalidad, la aplicación y control de medidas cautelares “aprehensión por particulares, policía o fiscalía” se encuentran reservados exclusivamente a los jueces.

“Si son los jueces quienes tienen a su cargo la vigencia de los principios de juicio previo y de inocencia, es coherente -más aún dentro de la lógica de las garantías, que sean los jueces y sólo ellos quienes autoricen medidas excepcionales como la que tratamos. Carecería de sentido que se les encomendara a los jueces la preservación de estos principios y se concediera a cualquier autoridad la posibilidad de autorizar las excepciones. Por lo tanto, la interpretación correcta de la norma constitucional indica que solamente se puede privar de libertad a las personas mediante una autorización judicial.”.

Por lo que cabe concluir que a momento de restringir, limitar o afectar derechos constitucionalmente garantizados en la Constitución Política del Estado como son la libertad y la propiedad patrimonial del imputado, las medidas cautelares deben encontrar respaldo doctrinal en los principios que rigen la aplicación de medidas cautelares “entre otras la detención preventiva”, ya que las injerencias de poder que tienen los órganos de administración pública, sobre derechos fundamentales de las personas sometidas al poder de persecución penal, a las cuales como efecto mismo de dicha actividad “persecución de delitos”, facultan el restringir derechos y garantías fundamentales, no sin antes prever la aplicación e interpretación correcta de principios, constituyéndose los mismos en los fundamentos de la doctrina, dogma o teoría de interpretación de las medidas cautelares.

1.4.6. Principio de Temporalidad.

La medida cautelar solo puede adoptarse estando pendiente el proceso principal y tiene una duración limitada en el tiempo, por lo que dicha duración debe estar prevista expresamente en la ley Adjetiva que rijan el procedimiento de aplicación normativa.

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

En todo caso corresponde aplicarse otro tipo de medidas cautelares cuando se quiere garantizar el desarrollo normal de proceso, precautelando siempre derechos de la víctima y del imputado.

La temporalidad de las medidas cautelares en cualquiera de sus formas, garantiza la aplicación de principios de celeridad procesal, justicia pronta y oportuna, presunción de inocencia en cuanto refiere a tratarse al imputado como un verdadero sujeto considerado inocente mientras el órgano estatal no pruebe su culpabilidad.

Así también garantiza que una persona no cumpla por parte de quién tiene el poder de injerencia sobre derechos fundamentales, de manera arbitraria el cumplimiento de una pena anticipada, porque su imposición de la medida cautelar “detención preventiva”, responde a una determinada necesidad de respeto a principios, derechos y garantías constitucionales, existentes al momento de adoptar la medida, que garantizar si las circunstancias de tiempo motivan la necesidad de modificarse la misma o simplemente hacerla desaparecer, lo que obliga a su alteración o revocación en el transcurso del proceso penal.

CAPÍTULO II

2. LEGISLACIÓN COMPARADA

Casi todas las legislaciones procesales latinoamericanas, han normativizado la cesación de la detención preventiva en sus ordenamientos jurídicos. Algunos de ellos han llegado a darle una connotación mucho mayor en cuanto refiere a establecer un plazo perentorio como requisito exigido para la cesación de la misma, al darle un matiz de autonomía, al contar con una descripción y orden, dependiendo de cada realidad jurídico social.

La intencionalidad de citar legislaciones extranjeras realizando un análisis de sus normas jurídicas, con un afán de colocarnos a la vanguardia del derecho procesal, como se ha venido haciendo por parte de muchos estudiosos de normas jurídicas pretende, procurar en la todo cambio legislativo en nuestra legislación referente a reglar la detención preventiva y los requisitos para su cesación vaya a mejorar nuestro ordenamiento, partiendo de lineamientos ya definidos y vividos por la práctica constante de otros entornos políticos jurídicos comunes.

Es así, que se citara y comentara finalmente, la normativa procesal, que se viene aplicando hasta la fecha por parte de los legisladores latinoamericanos:

2.1. Legislación Argentina

Para determinar

El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, establece en su reglamentación que:

²³“ ... Art. 144 (Texto según Ley 13449) ALCANCE: *El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal, siempre que no se den los supuestos previstos en la Ley para decidir lo contrario.*

La libertad personal los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley...”.

²³ REPUBLICA ARGENTINA “Codigo Procesal de la Provincia de Buenos Aires”, Tarjeta Jurídica Leyes Internacionales, 2008, Pág. 1002.

El carácter excepcional de la medida cautelar en la presente legislación argentina, se plasma en la instrumentalidad que tiene la medida cautelar, respondiendo a emergencias y consecuencias del proceso.

24 “ ... ARTICULO 146.- Condiciones.- El órgano judicial podrá ordenar a pedido de las partes medidas de coerción personal o real cuando se den las siguientes condiciones:

- 1.- Apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar.*
- 2.- Verificación del peligro cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida.*
- 3.- Proporcionalidad entre la medida y el objeto de la tutela.*
- 4.- Exigencia de contracautela en los casos de medidas solicitadas por el particular damnificado o el actor civil.... ”*

Corresponde al juez del proceso, a petición de partes, garantizar el desarrollo normal del proceso mediante la adopción y la medida cautelar “personal o real”, como así también la reparación del daño.

25 “ ... ARTICULO 148.- (Texto según Ley 13449) Peligro de fuga y de entorpecimiento. Para merituar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundamentadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias:

- 1.- Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga;*

²⁴ REPUBLICA DE ARGENTINA “Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires”, Ob. Cit. Pág. 1002.

²⁵ Idem. Pág. 1003.

2. *La pena que se espera como resultado del procedimiento;*
3. *La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual.*
4. *el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal....”.*

Nótese en la presente legislación, que el legislador argentino prevé tres peligros procesales, fuga, obstaculización o entorpecimiento y actividad delictual reiterada por delitos dolosos.

²⁶“... *ARTICULO 169.- Procedencia. Podrá ser excarcelado por algunas de las cauciones previstas en este capítulo, todo detenido cuando:*

1. *El delito que se impute tenga prevista una pena cuyo máximo no supere los ocho (8) años de prisión o reclusión.*
2. *En el caso de concurso real, ninguno de los delitos imputados tenga prevista una pena superior de los ocho (8) años de prisión o reclusión.*
3. *El máximo de la pena fuera mayor a ocho (8) años, pero de las circunstancias del o los hechos y de las características y antecedentes personales del procesado resultare probable que pueda aplicársele condena de ejecución condicional.*
4. *Hubiere sido sobreseído por resolución no firme.*
5. *Hubiere agotado en detención o prisión preventiva que según el Código Penal fuere computable para el cumplimiento de la pena, el máximo de la pena prevista para el delito tipificado, conforme la calificación del requerimiento de citación a juicio del artículo 334 de éste Código.*
6. *Según la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio, estuviere en condiciones de obtener en caso de condena, la libertad condicional.*

²⁶ Idem. Pág. 1005.

7. *Según la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio que a primera vista resulte adecuado, pueda corresponder condena de ejecución condicional.*
8. *La sentencia no firme sea absolutoria o imponga condena de ejecución condicional.*
9. *9 hubiere agotado en prisión preventiva la condena impuesta por sentencia no firme.*
10. *La sentencia no firme imponga pena que permita la obtención de la libertad condicional y concurrieran las demás condiciones necesarias para acordarla.*
11. *El juez o Tribunal considerase que la prisión preventiva excede el plazo razonable a que se refiere el artículo 7 inc 5) de la Convención Americana de Derechos Humanos en los términos de su vigencia, teniendo en cuenta la gravedad del delito, la pena probable y la complejidad del hecho.*

En el acto de prestar la caución que correspondiere, el imputado deberá asumir las obligaciones que se le impusieran aludidas en los artículos 179 y 1890 de este Código.

El auto que dispuso la libertad será revocado, cuando el imputado no cumpla con las reglas que se le impusieron, surja evidencia de que trata de eludir la acción de la justicia o no compareciere al llamado judicial sin causa justificada...”

Es de resaltar los requisitos enumerados para la excarcelación o libertad del sujeto detenido preventivamente por la presente legislación, pues la cesación esta condicionada no solamente a plazos como establece el punto 11 del citado artículo, sino también a supuestos institutos procesales como condena de ejecución condicional, sobreseimiento, libertad condicional.

2.2. Legislación de Perú.

Código Procesal del Perú.

²⁷“... ARTICULO VI.- *Legalidad de las medidas limitativas de derechos. Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la*

²⁷ REPUBLICA DEL PERU “Código Procesal del Perú”, Tarjeta Jurídica Leyes Internacionales, Pág. 505.

Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial en el modo forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de la limitación, así como respetar al principio de proporcionalidad...”.

²⁸“...ARTICULO 253.- Principios y Finalidad. I. Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella.

2. La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con el respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria existan suficientes elementos de convicción.

3. La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva...”.

Corresponde resaltar el carácter temporal señalado de manera expresa en la presente legislación.

²⁹“... ARTICULO 268.- Presupuestos materiales. El juez a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si entendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo.

b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

²⁸ REPUBLICA DEL PERU “Código Procesal del Perú”, Pág. 507.

²⁹ Idem. Pág. 508

c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) y obstaculizara la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

2. también será presupuestos material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad...”.

Coincidentemente con la anterior legislación como con la legislación boliviana, el legislador del Perú, contempla entre los peligros procesales no solo el riesgo de fuga o de obstaculización, sino la actividad delictual reiterada u organizada.

³⁰“... ARTICULO 269. Peligro de fuga. Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo del imputado, determinado por el domicilio residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades de abandonar el país o permanecer oculto.

2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento.

3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta voluntariamente, frente a él;

4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en el otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal....”

Al igual que la legislación boliviana, existen requisitos para la procedencia de la detención preventiva, como ser que el delito debe tener una pena privativa de libertad superior a cuatro años de libertad, peligro de fuga u obstaculización, actividad delictual reiterada u organizaciones criminales, etc.

³⁰ Idem. Pág. 509

³¹“... ARTICULO 272. Duración. I. La prisión preventiva no durará más de nueve meses.

2. tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará mas de dieciocho meses...”

El legislador peruano, a previsto un plazo límite a la presión preventiva, plazo estipulado en nueve meses como mínimo y 18 meses como máximo, estos plazos tienen que ver de manera particular a la exigencia tanto para el Ministerio Público como para el Juez que ejerce el control jurisdiccional para dictar sentencia en primera instancia, cumplido el plazo corresponde aplicarse medidas sustitutivas, al respecto dispone:

³²“... ARTICULO 273. Libertad del imputado. Al vencimiento del plazo, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales, incluso las restricciones a que se refieren los numerales 2) al 4) del artículo 288°...”

³³“... ARTICULO 274. Prolongación de la prisión preventiva. 1. Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del artículo 272°. El Fiscal debe solicitarla al Juez antes de su vencimiento.

2 El juez de la investigación Preparatoria se pronunciara previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Ésta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor, Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autores, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad.

³¹ Idem. Pág. 509

³² Idem. Pág. 509

³³ Idem. Pág. 510

3. *La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral 2) del artículo 278°.*

4. *una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida... ”.*

Pueden darse situaciones en las que el imputado obstaculice con chicanas procesales el proceso penal, o que el mismo por la naturaleza de la gravedad del delito, no se pueda cumplir con la exigencia de dictar sentencia en el plazo de nueve a dieciocho meses, para lo cual también se prevé la posibilidad de prolongación de dicho plazo, para esto siempre se toma como parámetro la pena por la cual esta siendo juzgado el imputado.

Corresponde analizar que los plazos a la detención preventiva, son considerados en las legislaciones hispanas citadas, en función a que no se puede aplicar la restricción de derechos fundamentales mediante medidas instrumentales, vulnerando el principio que prohíbe cumplir de manera anticipada una pena, pues no es esta la finalidad y alcance de las medidas cautelares, en cualquiera de sus formas, la mora procesal por otro lado es responsabilidad de quien ejerce el poder del estado, y el imputado no puede bajo ningún pretexto asumir con su libertad dicha mora, a no ser que sea el imputado el gestor de dicha mora.

2.3. Legislación de Costa Rica

2.3.1. Código Procesal Penal.

Las medidas cautelares establecidas en la legislación de Costa Rica concretamente en el Código Procesal Penal “Ley N° 7594”, son regladas en cuanto a ser establecidas por ley con un carácter no solo excepcional sino también temporal, pues su aplicación esta condicionada dentro de un plazo; sin embargo corresponde también establecer otros artículos previos a su análisis.

³⁴“ ... *ARTICULO 238.- Aplicación de la prisión preventiva. La prisión preventiva sólo podrá ser acordada conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el*

³⁴ REPUBLICA DE COSTA RICA “Código Procesal Penal, Ley No. 7594”, Gaceta Oficial, Pág. 120.

descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Se ejecutarán de modo que perjudique lo menos posible a los afectados.

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

Aquí el legislador ya establece varios principios que rigen la aplicación de la prisión preventiva, los principios de jurisdiccionalidad, temporalidad, proporcionalidad, instrumentalidad, favorabilidad.

³⁵“...ARTICULO 239.- *Procedencia de la Prisión Preventiva. El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurran las siguientes circunstancias:*

- a) Existencias de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho o participe en él.*
- b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o que continuará la actividad delictiva.*
- c) El delito que se le atribuya este reprimido con pena privativa de libertad.*

Nótese que los peligros procesales son similares a los anteriormente analizados, al igual que las normas jurídicas de la Legislación Boliviana.

En cuanto al carácter temporal de la prisión preventiva tenemos las siguientes normas procesales

³⁶ARTICULO 253.- *Revisión de la prisión preventiva. Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó.*

Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El

³⁵ REPUBLICA DE COSTA RICA “Código Procesal Penal, Ley No. 7594”, Ob. Cit. Pág. 121

³⁶ Idem. Pág. 128

incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda.

Después de transcurridos tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior.

Al revisarse la prisión preventiva el Tribunal tomará en consideración especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o participe de él.

³⁷“... ARTICULO 254.- *Revisión, Sustitución, Modificación y Cancelación de las Medidas. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el tribunal, aún de oficio y en cualquier estado del procedimiento, por resolución fundada revisará, sustituirá, modificará o cancelará la procedencia de las medidas cautelares y las circunstancias de su imposición, de conformidad con las reglas establecidas en este Código, cuando así se requiera por haber variadas las condiciones que justificaron su imposición.*

Si la caución rendida es de carácter real y es sustituida por otra, será cancelada y los bienes afectados serán devueltos.

³⁸“... ARTÍCULO 257.- *Cesación de la Prisión Preventiva. La privación de libertad finalizará:*

- a) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida, aún antes de que transcurran tres meses de haberse decretado.}*
- b) Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada.*
- c) Cuando su duración exceda de doce meses.*

³⁷ Idem. Pág. 128

³⁸ Idem. Pág. 130

³⁹“... ARTICULO 258.- Prórroga del Plazo de Prisión Preventiva.- A pedido del Ministerio Público, el plazo previsto en el artículo anterior podrá ser prorrogado por el Tribunal Superior de Casación Penal, hasta por un años más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga. En este caso, el tribunal deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento. Si se ha dictado sentencia condenatoria, los plazos podrán prorrogarse por seis meses más. Vendidos esos plazos no se podrá acordar una nueva ampliación al tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final de este artículo, para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga, o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o de reincidencia, casos en los que la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición.

La sala o el Tribunal de Casación Penal, excepcionalmente y de oficio, podrá autorizar una prórroga de la prisión preventiva más allá de los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío de un nuevo juicio.

⁴⁰ARTICULO 259.- Suspensión de los Plazos de Prisión Preventiva. Los plazos previstos en el artículo anterior, se suspenderán en los siguientes casos:

- a) Durante el tiempo en que el procedimiento está suspendido a causa de la interposición de un recurso o acción ante la Sala Constitucional.
- b) Durante el tiempo en que el debate se encuentre suspendido o se aplaze su iniciación por impedimento o inasistencia del imputado o su defensor, o a solicitud de estos, siempre que la suspensión o el aplazamiento no se haya dispuesto por necesidades relacionadas con la adquisición de la prueba o como consecuencia de términos para la defensa.
- c) Cuando el proceso deba prolongarse ante gestiones o incidencias evidentemente dilatorias formuladas por el imputado o sus defensores, según resolución motivada del tribunal.

³⁹ Idem. Pág. 132

⁴⁰ Idem. Pág. 1

CAPITULO III

3. LEGISLACIÓN NACIONAL

La concepción de un cuerpo normativo que regula las conductas y tipos delictivos, y sanciones penales (Código Penal), y la formación de otro que establece el procedimiento para aplicar aquéllas, reglas de imputación, medidas coercitivas (Código Procesal Penal) constituyen, junto a la Constitución, “norma magna que certifica principios derechos y garantías”, la base de un sistema penal y la carta de presentación de un Estado de Derecho, en tanto regulan las formulas y reglas de aplicación de las figuras más intensas de control social de una sociedad

Por lo que a momento de estudiar la legislación nacional corresponde comenzar por la norma magna de la legislación.

Se debe considerar que a momento de restringir limitar o afectar derechos constitucionalmente garantizados en la Constitución Política del Estado como son la libertad y la propiedad patrimonial del imputado, por imposición de las medidas cautelares, se puede de manera colateral afectar otros derechos y garantías constitucionales como son la dignidad, intimidad, o principios que garantizan una justicia pronta oportuna, la presunción de inocencia, etc., por lo que la aplicación de medidas cautelares, deben encontrar respaldo en la carta magna y estar expresamente previstas y reglamentadas en las leyes procesales de manera que se respeten su aplicación.

“Las garantías, derechos y principios constitucionales no son meros postulados teóricos, que se hicieron para ser estudiadas en los manuales; al contrario, deben ser realizados y efectivizados por todas las autoridades públicas.

Dado que pareciera que pudiera existir colisión o contradicción entre los principios y garantías establecidas en la Norma Suprema y la aplicación de medidas cautelares (tanto personales como reales) es que vamos a tratar en este rubro todo lo que la Constitución Política del Estado prescribe explícita e implícitamente, de modo que en su interpretación con la imposición de medidas cautelares consideraremos lo siguiente.

3.1. Constitución Política del Estado

Comenzaremos definiendo la Constitución como “La Constitución Política del Estado vigente se autodefine en su art. 410 como ⁴¹“... la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano...”, para el Dr. Boris Wilson Arias, ⁴²“...es posible sostener que toda Constitución en sentido formal y amplio constituye un conjunto solemne de normas (bloque de constitucionalidad) que aspiran a reflejar equilibradamente los intereses esenciales de una sociedad (derechos fundamentales, valores y principios, etc.), organizar el poder público y permitir la coexistencia integración pacífica de personas individuales y grupos sociales y que normativamente hablando son de carácter supremo...”.

La Constitución Política del Estado, promulgada y vigente desde el 7 de febrero de 2009, en su punto 4. del artículo 9 prescribe ⁴³“... Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley...4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados por esta Constitución...”

Por lo que corresponde analizar el derecho de toda persona a la libertad, como una garantía constitucional y los principios rectores de la misma.

La constitución Política del Estado, como norma magna, establece garantías, entre ellas el debido proceso, concretamente en el artículo 117.I. manda expresamente que: ⁴⁴“...*Ninguna persona puede ser condenado sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso...*”, *norma suprema plasmada en el artículo 1 del Código de Procedimiento Penal.*

Esta garantía, es un derecho que asiste a toda persona cuando es sometida a persecución por parte de los poderes del estado a un proceso justo y equitativo, más aún si se considera a quien es perseguido penalmente la parte débil el proceso, tomando en consideración el poder del estado representado en el poder de persecución del Ministerio Público y el de decisión del Órgano Jurisdiccional.

⁴¹ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Constitución Política del Estado”, Editorial Industrias Gráficas Serrano, Cochabamba Bolivia 2014, Pág. 516.

⁴² ARIAS, Boris Wilson “Teoría Constitucional y la Nueva Constitución Política del Estado”, Editorial El Original, La Paz Bolivia 2010, Pág. 24.

⁴³ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Constitución Política del Estado”, Ob. Cit. Pág. 24

⁴⁴ Idem. Pág. 248.

Corresponde desglosar los derechos y garantías constitucionales a objeto de establecer su importancia en cuanto la aplicación de las medidas cautelares y su carácter restrictivo que deben respetar la aplicación de las mismas.

3.1.1. Los Derechos y Garantías Constitucionales.

Es de particular importancia el estudio de los derechos fundamentales y la garantías constitucionales contenidas en nuestra reformada Constitución Política del Estado, para entender dichas potestades, facultades y o capacidades que tienen las personas para hacer algo inherente a su personalidad, pedir la atención y satisfacción de las necesidades o representar e impugnar las decisiones estatales que afectan a sus intereses, etc., recurrimos a la explicación expuesta por el magister en derecho constitucional Dr. José Antonio Rivera Santibañez ⁴⁵...No cabe duda alguna que, entre los aspectos positivos de la Constitución, se tiene el gran avance en la positivización de los derechos humanos consagrándolos como derechos fundamentales; de manera que, superando el catálogo resumido de la Constitución reformada, presenta un mejor desarrollo de los derechos fundamentales consagrando, de un lado, los derechos económicos, sociales, y culturales, y de otro los derechos colectivos o de los pueblos; y ampliando el catálogo de los derechos civiles y políticos, además de ellos, la nueva Constitución no se detiene en la mera consagración declarativa de los derechos, al contrario establece, aunque de manera poco ordenada y sistemática, garantías constitucionales para el pleno goce y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, imponiendo obligaciones y negativas y algunas obligaciones positivas al Estado... el citado autor desarrolla la consagración de los derechos fundamentales detallando los capítulos respectivos ⁴⁶...En el capítulo Segundo. Del título II, la Constitución consagra, como derechos fundamentales un grupo de derechos que constituyen el mínimo esencial para garantizar la realización de la dignidad humana de toda persona, derechos para mejorar la calidad de vida de las personas.

⁴⁵ RIVERA SANTIBAÑEZ, José Antonio “Temas de Derecho Constitucional”, Editorial Oliitipo Editora de Libros, Cochabamba Bolivia 2012, Pág. 128.

⁴⁶ RIVERA SANTIBAÑEZ, José Antonio “Temas de Derecho Constitucional”, Ob. Cit. Pág. 130

En efecto, consagra como derechos fundamentales los siguientes: el derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual; el derecho a la salud, el derecho al agua; el derecho a la alimentación; el derecho a la educación; el derecho a un hábitad; el derecho a la vivienda; y el derecho de acceso universal y equitativo a los servicios básicos.

En su Capítulo Tercero, del Título II. La Constitución consagra los derechos individuales civiles y políticos, ampliando el catálogo reducido que contenía la Constitución abrogada; así se puede advertir que incorpora en el catálogo el derecho a la auto identificación cultural; derecho a la intimidad, los derechos al honor, la honra, la dignidad y la imagen; la libertad de conciencia y religión, derecho a la información, el derecho a la ciudadanía; el derecho al asilo; sin embargo, omite incorporar otros derechos como el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, pues lo proclama como garantía constitucional y no como derecho fundamental, también omite consagrar el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre, entre otros.

En el Capítulo Cuarto, del Título II. La Constitución consagra los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Esta consagración constituye un significativo avance en el proceso de constitucionalización de los derechos humanos; sin embargo, cabe advertir que el constituyente incurre en un error de reduccionismo; toda vez que reduce los derechos colectivo social, conformado por los bolivianos y bolivianas que pertenecen a las naciones y pueblos indígena originarios campesinos.

En efecto, la Constitución, en su art. 30 conceptualizando la nación y pueblo indígena originario campesino como toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión cuya existencia es anterior a la invasión colonial española; consagra los derechos de ese colectivo social.

En el Capítulo Quinto, del Título II, la nueva Constitución consagra los derechos sociales y económicos, como el derecho al medio ambiente, el derecho a la salud y la seguridad social; el derecho al trabajo y al empleo; el derecho a la propiedad; los

derechos de la niñez, adolescencia y juventud; los derechos de las familias, los derechos de las personas adultas mayores, los derechos de las personas con discapacidad; los derechos de las personas privadas de libertad; los derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores. En el capítulo Sexto, los derechos a la educación, interculturalidad y derechos culturales, como el derechos a la educación, el derecho a la educación superior; el derecho a las culturas; derecho a la ciencia, tecnología e investigación; el derecho al deporte y recreación finalmente, en el Capítulo Séptimo se consagra el derecho a la comunicación social...”

Por otro lado las garantías constitucionales son instituciones jurídico-constitucionales que tienen por finalidad el proteger y amparar a las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales contra cualquier exceso, abuso o arbitrariedad provenientes de personas particulares, de autoridades públicas o judiciales.

Para el Dr. Ernesto Daza Ondarza, al referirse a la Garantías Constitucionales expone que ⁴⁷“...Las garantías son, precisamente, aquellos medios o remedios jurídicos y jurisdiccionales encaminados a la protección y al amparo de la libertad constitucional...”

Se explica las garantías constitucionales prescritas en la constitución citando que ⁴⁸“... En el Capítulo Primero del Título IV, con el nomen juris de Garantías Jurisdiccionales, consigna disposiciones constitucionales que consagran garantías normativas para garantizar el goce pleno de los derechos del ámbito de autodeterminación de la persona, es decir, los derechos individuales, imponiendo obligaciones negativas omitiendo imponer obligaciones positivas para garantizar el pleno goce y ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales, así como de los derechos colectivo o de los pueblos...”.

⁴⁷ DAZA ONDARZA, Ernesto “Temas de Derecho Constitucional”, Editorial Universitaria, Cochabamba Bolivia 1973, Pág. 101.

⁴⁸ RIVERA SANTIBAÑEZ, José Antonio “Temas de Derecho Constitucional”, Ob. Cit. Pág. 132.

Por otro lado las garantías constitucionales están establecidas en el Título IV, CAPITULO PRIMERO, Garantías Constitucionales, así tenemos que la Constitución Política del Estado regla en su ⁴⁹...Artículo 109.

I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.

II. Los derechos y sus garantías, sólo podrán ser regulados por ley.

En Bolivia los derechos fundamentales se encuentran enmarcados en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, donde los Estados partes tienen la obligación de promoverlos, protegerlos y respetarlos. Por otro lado es inadmisibles que algún derecho humano sea superior a otro en su aplicación, esto no quiere decir que cuando dos derechos humanos colisionan entre sí, no se tenga que aplicar el de mayor necesidad, por ejemplo, entre el derecho a la vida y el derecho a la dignidad tendrá que el de la vida para que se le permita luego el disfrute del derecho a la dignidad.

LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES.

Las garantías constitucionales lo que algunos autores denominan como “la jurisdicción constitucional a la libertad” y comprenden el conjunto de instrumentos procesales que dentro del sistema jurídico estatal cumplen la función de la tutela directa de los derechos humanos. Instrumentos que vienen consagrados constitucionalmente y los organismos judiciales encargados de impartir la protección de dichos derechos “fundamentales o humanos”, ya declarada en la norma magna.

Estas garantías jurisdiccionales presentan las siguientes características que deben ser resaltadas expresamente, así las expresa Walter Gumucio Hinojosa:

⁵⁰... Son aquellas garantías que vienen reguladas por el Derecho Procesal. Por ello se pueden denominar también garantías procesales o adjetivas. Frente a las garantías materiales o sustantivas.

⁴⁹ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Constitución Política del Estado”, Ob. Cit. Pág. 239.

⁵⁰ GUMUCIO HINOJOSA, Walter “Comentarios, Interpretación, Doctrina, Concordancias con Tratados Internacionales y Leyes Especiales de la Constitución Política del Estado”, Editorial Talleres Graficos ABBA, Cochabamba Bolivia 2010, Pág.

El derecho Procesal es el derecho que regula la actividad del proceso, como un Derecho para el Derecho o, si se quiere como un Derecho Garante del derecho. En este aspecto comporta el Derecho Procesal dos dimensiones de garantías fundamentales.

Una dimensión de garantía en vía preventiva general, que actúa como disuasoria frente a los posibles incumplimientos, a través de la coactividad de las normas jurídicas. Y otra dimensión de garantía en vía de reparación, mediante la declaración del derecho por un órgano jurisdiccional y en su caso por ejecución de la sentencia.

Las garantías jurisdiccionales son las que tienen mayor tradición y, para muchos autores, teniendo en cuenta la independencia del poder judicial, constituyen la mejor garantía de los derechos humanos.

Las garantías jurisdiccionales presuponen la existencia de la garantía denominada derecho a la jurisdicción, que puede ser definido como “el derecho de carácter medial que permite la defensa jurídica de todos los derechos, mediante un proceso garantizado, decidido por un órgano jurisdiccional”.

El derecho a la jurisdicción tiene una doble dimensión. Una dimensión negativa, nadie se puede ver privado de su libertad o de su propiedad, sin un proceso realizado conforme a derecho (due process of law). En el que sea oído., sus razones sean consideradas y la prueba concerniente a sus derechos recibida y debidamente apreciada. Ese proceso regular debe culminar también en un pronunciamiento también regular, que no implique fallos que puedan descalificarlo como acto jurisdiccional.

Una dimensión positiva. Todo miembro de la comunidad debe tener a su disposición remedios rápidos y eficaces que tutelen sus prerrogativas y pretensiones, de modo que nadie se vea privado del auxilio jurisdiccional.

El derecho a la jurisdicción está reconocido en varias declaraciones internacionales de derechos humanos.

3.1.1.1. Derecho a la Libertad.

La Constitución Política del Estado señala que nadie puede ser detenido y aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y las formas establecidas por

ley. Es decir, el Juez tiene la importante responsabilidad de aplicar al caso concreto de manera excepcional esta restricción, y como todo poder tiene que ser limitado por el criterio de conciencia que cada magistrado tiene por mandato de la ley y con la correcta interpretación de las normas, evitando el abuso de Derecho.

Luego de las modificaciones establecidas en la Constitución Política del Estado, el derecho a la libertad está consignado en la misma como un Derecho Civil, así tenemos en el Capítulo Tercer Sección I, mismo que de manera expresa regla en los artículos 22 y 23 de la C.P.E., expresando que ⁵¹“...La dignidad y la libertad son inviolables, respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado...” y ⁵²“...Artículo 23. I. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. La libertad personal solo podrá ser restringida en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica en la actuación de la instancias jurisdiccionales.

II. Se evitará la imposición a los adolescentes de medidas privativas de libertad. Todo adolescente...

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

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

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

VI. Los responsables de los centros de reclusión, deberán llevar el registro de personas privada de libertad. No recibirán a ninguna persona sin copiar en su registro el mandamiento correspondiente.

⁵¹ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Constitución Política del Estado”, Ob. Cit. Pág. 64.

⁵² Idem. Pág. 64

Su incumplimiento dará lugar al procesamiento y sanciones que señale la ley...”.

Explica dicho derecho el autor nacional Mario Gonzales Duran exponiendo ⁵³“...El derecho primordial del ser humano tiene, junto al de la vida, **es el derecho a la libertad**, por ello la Ley Suprema del Estado Plurinacional de Bolivia, lo mismo que la legislación adjetiva penal, disponen que toda persona tiene derecho a la libertad, la que sólo puede restringirse en el marco de los límites establecidos por ley a fin de asegurar la averiguación de la verdad histórica del hecho atribuido al imputado, así como para garantizar el normal desarrollo del proceso, principalmente el juicio penal, y la consiguiente aplicación de la ley. A partir de lo expresado, se arriba a la convicción de que no puede privarse del derecho a la libertad sino en la medida del estrictamente necesario, con el añadido de la necesaria e imprescindible concurrencia de los riesgos de fuga o de obstaculización, lo que importa decir que la norma suprema del país tutela ante todo el derecho a la libertad pero al mismo tiempo, garantiza que el proceso discurra sin dificultades o trabas de naturaleza alguna...”.

Al respecto considera el autor Walter Gumucio Hinojoza que: ⁵⁴“...Los derechos fundamentales **pueden ser civiles**, en cuanto atañen al derecho a la vida, **la libertad**... en el ámbito de las garantías constitucionales, se establece la libertad de locomoción y física mediante la prohibición de las detenciones ilegales e indebidas; la prohibición de infligir torturas y vejámenes, así como la prohibición de confiscación de bienes, el carácter obligatorio de ser juzgado por tribunales competentes y designados con anterioridad al caso, conforme a ley...”.

3.1.1.1. Vinculación del Poder Estatal a los Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales.

El poder estatal esta vinculado en función al cumplimiento efectivo de derechos así proclama el art. 9 de la Constitución Política del Estado, ⁵⁵“...Son fines y funciones esenciales del Estado. Además de los que establece la Constitución y la ley...4.

⁵³ GONZALES DURAN, Mario “Reflexiones en Torno a la Nueva Jurisprudencia Constitucional”, Editorial Druck S.C., Sucre Bolivia 2011, Pág. 122.

⁵⁴ GUMUCIO HINOJOSA, Walter “Comentarios, Interpretación, Doctrina, Concordancias con Tratados Internacionales y Leyes Especiales de la Constitución Política del Estado”, Ob. Cit. Pág. 64.

⁵⁵ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Constitución Política del Estado”, Ob. Cit. Pág. 24

Garantizar el cumplimiento de los principios valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en ésta constitución....” Por lo que el Estado puede considerarse en general, en dos sentidos, en razón de sus elementos constitutivos a saber: 1) En sentido material: concebido el Estado como el pueblo que constituye una unidad jurídica, dentro de un territorio determinado, unidad organizada bajo el imperio de la ley, con el objeto de realizar fines públicos, de orden jurídico y social; 2) En sentido formal, considerado como organización jurídica de la sociedad, es decir como el conjunto de instituciones jurídicas dentro de un ordenamiento político y administrativo con un sistema jerárquico de normas y órganos.

Explica el profesor William Ruperto Duran Rivera, que: ⁵⁶“...la vinculación de los poderes a los derechos humanos, implica la obligación de respetarlos y protegerlos y la responsabilidad de las autoridades – de cualquiera de los poderes- que los vulnera...”, el citado autor citando doctrina constitucional expone “...uno de los elementos que integran el contenido normativo del principio de “Estado de Derecho”...es el sometimiento de todos los poderes al orden constitucional y a las leyes, y el reconocimiento y vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales y garantías constitucionales...obligan al Estado a inhibirse de realizar actos que vulneren esos derechos y a crear mecanismos y las condiciones necesarias para que sean respetados y protegidos...”.

3.1.1.2. La Protección de la Dignidad Humana.

Uno de los patrimonios morales de mayor significación que el ser humano tiene, es su dignidad que junto a la honestidad y la honradez constituye la pilastra sólida de su existencia que demuestra su decencia, decoro y, por el mismo, merece respeto por estar dotada de un fin propio acorde a su naturaleza humana; por ello, las diversas legislaciones de orbe y particularmente la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, dispone que bolivianas y bolivianos tienen derecho ⁵⁷“a la privacidad, intimidad honra, honor, propia imagen y dignidad, por lo que declara que ésta es inviolable y protegerla, “es deber primordial del Estado”; en este marco

⁵⁶ DURAN RIVERA, Willmam Rupuerto “Principios, Derechos y Garantías Constitucionales”, Editorial el País, Santa Cruz de la Sierra Bolivia 2005, Pág. 58.

⁵⁷ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Constitución Política del Estado”, Ob. Cit. Pág. 24

conceptual, la dignidad humana deviene en derecho fundamental tutelado por la Carta Fundamental, puesto que el ser humano desde su advenimiento hasta su deceso tiene derecho a ser respetado por todos sus semejantes, así estén investidas de autoridad u otra situación de privilegio.

3.1.1.3. El Principio de la Dignidad Personal

El art. 21 de la Constitución Política del Estado, de manera textual prescribe ⁵⁸“...las bolivianas y bolivianos tienen los siguientes derechos.

2. A la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad...”,

La Carta Magna, diferencia en forma nítida los fines y funciones que el Estado tiene, de los principios y valores sobre los que se enarbola, entendidos los primeros como fundamento y origen de su existencia y, los otros, como juicios o entendimientos que el Estado y su componente población tienen en el ámbito ético o moral; es decir, son los atributos que realzan a la sociedad jurídica y políticamente organizada lo mismo que a sus integrantes en la interacción con sus semejantes. Así como la Ley Suprema ensalza entre otros, los valores referidos a la unidad, igualdad, dignidad, libertad y solidaridad, lo mismo que a los legados del pasado que la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia los expresan en lenguas nativas como el quechua que proclama virtudes que todo hombre y mujer debe honrar: “ama llulla, ama sua, ama ckella” que son máximas sobre las cuales debe forjar su personalidad. Al respecto Gonzales Duran Mario Gonzales Duran en su libro Reflexiones en Torno a la Nueva Jurisprudencia Constitucional resalta que: ⁵⁹“... en cambio las funciones y fines que el Estado tiene, son más bien de orden objetivo que con esfuerzo, decisión y voluntad política tiende a lograr a través de la búsqueda e imperio de la justicia, la protección de bienes jurídicos reconocidos y conferidos por el propio Estado como la educación, la salud, el acceso a la justicia, las fuentes laborales, etc., cuyo epílogo es la convivencia armónica de la sociedad...”

La dignidad puede verse afectada en la aplicación de medidas cautelares, por lo que dando cumplimiento a dicho derecho fundamental, el legislador ha previsto su respeto

⁵⁸ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Constitución Política del Estado”, Ob. Cit. Pág. 60

⁵⁹ GONZALES DURAN, Mario “Reflexiones en Torno a la Nueva Jurisprudencia Constitucional”, Ob. Cit. Pág. 118

en la aplicación de medidas cautelares, en la norma adjetiva “Código de Procedimiento Penal art. 222”, reglando que ⁶⁰“...las medidas cautelares de carácter personal, se aplicarán con criterio restrictivo y se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados...”.

3.1.1.4. El Principio de Presunción de Inocencia.

El principio de presunción de inocencia esta prescrito explícitamente en el art. 116 de la Constitución Política del Estado prescribiendo que ⁶¹“... Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado...”.

3.1.1.5. El Principio de Celeridad.

Este no solo es un principio constitucional sino también una garantía, pues la carta magna regla y manda que ⁶²“...Art. 115 . I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

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

Si el estado garantiza una justicia pronta, oportuna, transparente y sin dilaciones, no cabe explicación alguna el querer estipular que la detención preventiva, no tenga un plazo cierto y respetado, es decir el legislador boliviano no puede crear formulas que hagan inaplicable la cesación de la detención preventiva pasado el plazo establecido en el art. 239 del Código de Procedimiento Penal ⁶³“cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga y; cuando su duración exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) meses sin que se hubiera dictado sentencia.”,

Estos plazos deben ser respetados y el establecer que se deben demostrar la desaparición de los peligros procesales es considerar aspectos ajenos al vencimiento

⁶⁰ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Constitución Política del Estado”, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra 2013, Pág. 276.

⁶¹ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Constitución Política del Estado”, Ob. Cit. Pág. 247.

⁶² Idem. Pág. 246

⁶³ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Código de Procedimiento Penal”, Ob. Cit. Págs. 306-307.

de los plazos señalados, lo cual vulnera el principio y garantía constitucional de celeridad, justicia pronta y oportuna, y en consecuencia al debido proceso.

La celeridad no debe interpretarse en sentido de que el juzgador debe resolver solicitudes que simplemente tengan que ver con fijar dentro del menor tiempo posible las fechas de audiencias de determinación cautelar, sino en que una persona considerada como inocente deba tratársela como tal, por lo que la mora en el juicio de la misma hace que este pueda ser beneficiado con medidas cautelares menos lesivas a la libertad, como son las medidas sustitutivas a la detención preventiva.

3.2. El Código de Procedimiento Penal.

Previas a las modificaciones establecidas en la ley 1970, el Juez para ordenar la aprehensión y detención del imputado, no debía esperar la probabilidad de autoría de aquél, pues ellas no podían obtenerse sino practicadas las diligencias, cuya actuación previa motivaría la fuga del reo.

El actual Código de Procedimiento Penal introdujo cambios legislativos que representaron dejar en el pasado un sistema inquisitivo para ingresar a uno garantista, sin embargo en la actualidad soplan vientos de cambios perversos y arbitrarios mismos que propugnan cambios legales nuevamente inquisitivos, muchos de estos criticados por tener un tinte político.

Sin embargo corresponde analizar las normas jurídicas actuales a la redacción del presente.

3.2.1. La Detención Preventiva.

El Libro Quinto, bajo el nomen juris MEDIDAS CAUTELARES, en su Título I, normas generales del CPP establece el procedimiento que debe seguirse para la imposición de una medida cautelar como así también su Cesación a la medida cautelar más gravosa como es la detención Preventiva.

En primer término se exige que haya requerimiento motivado y sustentado la imputación formal y los elementos de convicción obtenidos en la investigación preliminar, adjuntando de ser posible los actos de investigación o elementos de convicción pertinentes, del sujeto legitimado, esto es, generalmente del Fiscal, sin embargo hoy en día también esta es una facultad de la víctima.

Así dispone en el art. 233 del Código de Procedimiento Penal ⁶⁴“(REQUISITOS PARA LA DETENCIÓN PREVENTIVA). Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o de la víctima aunque no se hubiera constituido en querellante, cuando concurran los siguientes requisitos:

1. La Existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o participe de un hecho punible.
2. La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad...”

Cabe recordar que la disposición fue modificada por la Ley No. 007 de 18 de mayo de 2010, incorporando en calidad de derecho de la víctima el solicitar de manera fundamentada la detención preventiva,

Ante el requerimiento sustentado, el juez decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. Debe de fijar fecha de audiencia de consideración de determinación de medidas cautelares. No obstante, si no existiera riesgo de perder la finalidad de la medida, el Juez ante el requerimiento del Fiscal deberá:

1. - Poner en conocimiento del Juez de Instrucción Cautelar la imputación realizada por fiscal, a objeto de que dicho órgano contralor de derechos y garantías constitucionales ponga en conocimiento dicha imputación mediante su notificación de los sujetos procesales en especial al imputado, todo en aplicación a garantizar el derecho a la defensa (art. 115 C.P.E.), en razón al principio de vinculación que existe entre la imputación y el derecho a la defensa toda vez que en función a dicha actividad a) el imputado conoce cuales son los peligros procesales; b) en función a dicho conocimiento puede descargar prueba para desvirtuar los peligros procesales en la llamada audiencia de determinación de medidas cautelares.
2. - Disponer la realización de una audiencia, en la cual se presentan las partes alegando sus peticiones, antecedentes y argumentos, luego de la cual el Juez debe resolver el asunto discutido (Art. 235 CPP), ⁶⁵“...RESOLUCIÓN. El juez atendiendo

⁶⁴ Idem. Pág. 290.

⁶⁵ Idem. Pág. 299.

los argumentos y valorando los elementos probatorios ofrecidos por las partes, resolverá fundadamente disponiendo.

1. La improcedencia de la solicitud.
2. La aplicación de la medida o medidas solicitadas.
3. La aplicación de una medida o medidas menos graves que la solicitada; o
4. La aplicación de una medida o medidas más graves que la solicitada e incluso la detención preventiva...”..

Luego, el Juez emitirá la resolución motivada inmediatamente, después de efectuada la audiencia en la cual escuchó los fundamentos y razones del que solicita y luego las de aquel que se opone, pero siempre dando cumplimiento a lo establecido en el art. 124 de la ley 1970 ⁶⁶...(FUNDAMENTACIÓN). Las sentencias y autos interlocutorios serán fundamentados. Expresarán los motivos de hecho y derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgados a los medios de prueba.

La fundamentación no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes...”.

Por ejemplo, en el caso que el afectado se encuentra con resolución judicial “auto interlocutorio”, que determina si se impone o no la medida coercitiva de detención preventiva o por el contrario, su improcedencia, la ley adjetiva “Código de Procedimiento Penal” le otorga a las partes un medio de impugnación “La Apelación Incidental.

Dicho medio de impugnación esta reglado por el art. 251 mismo que manda ⁶⁷...(APELACIÓN). La resolución que disponga, modifique o rechae las medidas cautelares, será apelable, en el efecto no suspensivo, en el término de setenta y dos (72) horas.

3.2.2. Presupuestos Materiales.

Con el propósito de garantizar el carácter excepcional de las medidas cautelares el Código de Procedimiento Penal exige unos presupuestos materiales y formales que son imprescindibles para poder adoptar dichas medidas cautelares; más aún en la

⁶⁶ Idem. Pág. 176.

⁶⁷ Idem. Pág. 327.

aplicación de dichas medidas en su existencia más gravosa como es la detención preventiva, en la cual sólo procede en la medida en que el fiscal pueda acreditar la concurrencia de estos presupuestos denominados *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

3.2.2.1. Existencia del Hecho Delictivo y Participación del Imputado (*Fumus Boni Iuris*).

Para una sociedad democrática es tan importante que se sancione al responsable de la comisión de un delito, como el hecho que la comprobación de la responsabilidad penal o la ausencia de ésta, se realice en forma justa la aplicación de medidas cautelares que respeten los derechos fundamentales del imputado. En ese sentido, Gonzalo Del Río Labarthe, afirma que dos son los errores de la Administración de Justicia que una sociedad repudia con mayor firmeza: la impunidad de un delincuente y el ingreso en prisión de un inocente, y es probablemente por esta razón que en el proceso penal se manifiesta con mayor claridad el carácter democrático de un Estado¹. Por lo que es menester de las autoridades públicas que ejercer el poder del Estado, que para aplicar medidas cautelares que tienen un carácter instrumental, no se lesione el principio que prohíbe aplicar una pena anticipada a quién favorece la presunción de inocencia como derecho y garantía constitucional.

Así dispone el Código de Procedimiento Penal ⁶⁸“(REQUISITOS PARA LA DETENCIÓN PREVENTIVA). Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o de la víctima aunque no se hubiera constituido en querellante, cuando concurren los siguientes requisitos:

1. La Existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o participe de un hecho punible...”.

La aplicación de medidas personales, en el diseño del CPP, entre las que se incluye la detención preventiva, se impondrán con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que existan suficientes elementos de convicción. Además, deberán ser indispensables y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los

⁶⁸ Idem. Pág. 290.

casos, el riesgo de fuga, así como para impedir la obstaculización de la obtención de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

Al respecto el tribunal constitucional establece que para determinar la autoría o participación del imputado en el hecho punible es preciso que la autoridad judicial, previamente, evalúe si los elementos de convicción presentados determinan la existencia de suficientes indicios para sostener la autoría o participación del imputado en la comisión de delito cometido, vale decir que los elementos de convicción deben estar directamente relacionados con el delito imputado y que a raíz de ellos se puede concluir autoría o participación del imputado en la comisión de ese hecho delictivo. En consecuencia el juez cautelar a tiempo de decidir la aplicación de la detención preventiva deberá basar su decisión en elementos de convicción que se encuentren directamente vinculados con el tipo penal acusado, determinando el porqué esos elementos permiten sostener que el imputado es con probabilidad autor o participe de la comisión de ese delito, en este sentido se manifiesta e interpreta la ratio decidendi de la Sentencia Constitucional No. 1141/2003 de 12 de agosto ⁶⁹ “... *que la aplicación de una medida cautelar de carácter personal en el ámbito procesal penal debe cumplir con las condiciones de validez legal, lo que significa que la autoridad judicial competente, para adoptar la decisión de aplicar la detención preventiva, de una parte está obligada a verificar y determinar la concurrencia de los requisitos previstos por el art. 233 CPP. Para lo que deberá contractar la solicitud fundamentada del Ministerio Público con los elementos de prueba presentados sobre la concurrencia de los requisitos en el marco de las normas previstas por los arts. 234 y 235 del Código de Procedimiento Penal, de otra parte, deberá fundamentar en derecho la decisión de aplicar la media cautelar de carácter personal... ”.*

3.2.2.2. Peligro de Fuga y Obstaculización (Periculum in Mora)

Dicho peligro procesal se encuentra establecido en el art. 233 del Código de Procedimiento Penal, mismo que regla ⁷⁰ “...Realizada la imputación formal, el juez

⁶⁹ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Sentencia Constitucional No. 1141/2003 de 12 de agosto de 2003”, Gaceta Oficial, Sucre Bolivia 2003, Pág. 3.,

⁷⁰ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Código de Procedimiento Penal”, Ob. Cit. Pág. 290

podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o de la víctima aunque no se hubiera constituido en querellante, cuando concurren los siguientes requisitos:

1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o participe de un hecho punible. 2. La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad...”

El Código de Procedimiento Penal Boliviano, regla que la detención preventiva, procederá siempre y cuando concurren de manera conjunta los requisitos establecidos en los numerales 1) y 2) del Art. 233 de dicha ley 1970. Es decir a) indicios suficientes de probabilidad de ser autor o participe de un hecho punible y b) peligro de fuga o riesgo de obstaculización.

Por lo que en el caso del segundo requisito se tiene dos alternativas referidas al peligro de fuga y peligro de obstaculización, es suficiente que cualquiera de ellos concorra para que proceda la detención preventiva. Así fue entendido por el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Constitucional No. 0339/2012 de 18 de junio.

Los requisitos que contempla el art. 233 del CPP. Deben concurrir en forma simultánea, como lo ha reconocido la SC. 0149/2003-R de 11 de febrero al declarar ⁷¹“...en las previsiones de los arts. 233, 234, y 235 del CPP. El legislador boliviano estableció las circunstancias necesarias que deben concurrir para que el juez Cautelar, a través de una resolución fundamentada ordene la detención preventiva del imputado, que se da cuando concurren elementos de convicción para sostener que el mismo es con probabilidad autor o participe de un hecho punible “y” no se someterá al proceso “u” obstaculizará la averiguación de la verdad (...) al señalarse la “y”, como conjunción copulativa que tiene por finalidad unir palabras o ideas, se entiendo que para disponer un detención preventiva deben necesariamente concurrir los requisitos establecidos en los incs. 1) y 2) del art. 233 del CPP.- que configura el contenido de las previsiones de los arts. 234 (peligro de fuga) o 235 (peligro de

⁷¹ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Sentencia Constitucional No. 0339/2012 de 18 de Junio de 2012”, Gaceta Oficial, Sucre Bolivia 2012, Pág. 3.

obstaculización) CPP., se establece la “u” como conjunción disyuntiva que se emplea en lugar de la “o” y denota diferencia así como separación de ideas es decir que alternativamente puede ser lo uno o lo otro; sin embargo, corresponde dejar establecido que este razonamiento no impide a que en alguna situación, de manera conjunta se den todos los requisitos y criterios establecidos en las normas referidas.

3.2.2.3. Peligro de Reincidencia.

Este peligro procesal es una de las modificaciones incorporaciones a la ley 1970, realizadas por el legislador boliviano, sin embargo dicha modificación es fuertemente criticada por la doctrina boliviana al respecto afirma Clemente Espinoza Carballo ⁷²“...La incorporación de esta disposición a la normativa procesal, que permite la detención preventiva como medida cautelar, vulnera la presunción de inocencia y toda prohibición de culpabilidad establecida por el art. 6, por cuanto la comisión de un hecho anterior, no puede dar lugar a presumir la comisión de otro y desconoce el principio de objetividad. Es un retorno a la usanza anterior que creíamos superada; es decir, juzgar a las personas por su pasado, no así de manera objetiva por el hecho concreto del presente, que es el único que requiere de atención por parte de jueces y fiscales, por constituir el objeto de la investigación preliminar y probable juicio. Como presupuesto mínimo, la norma debería aclarar que la sentencia anterior haya sido por delito doloso...”.

Así expresa la ley dicho peligro procesal ⁷³“...ARTICULO 235 Bis. (PELIGRO DE REINCIDENCIA). También se podrán aplicar medidas cautelares incluida la detención preventiva cuando el imputado haya sido condenado en Bolivia o en el extranjero por sentencia ejecutoriada si no hubieran transcurrido desde el cumplimiento de la condena un plazo de cinco años...”

3.3. Cesación de la Detención Preventiva.

El problema surge cuando una persona se encuentra con Detención Preventiva, sujeto al cual el Estado le reconoce la Presunción de Inocencia como una garantía y derecho constitucional, y por tanto dicha garantía al no ser un mero postulado teórico, sujeto

⁷² ESPINOZA CARBALLO, Clemente “Código de Procedimiento Penal”, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra Bolivia 2014, Pág. 302.

⁷³ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA “Código de Procedimiento Penal”, Ob. Cit. Pág. 301.

procesal que solicita su Cesación a la Detención Preventiva, norma que regla su procedencia concretamente en el art. 239 del C.P.P.

⁷⁴...Art. 239 (CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA). La Detención Preventiva cesará:

1. Cuando Nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida.
2. Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga; y,
3. Cuando su duración exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) meses sin que se hubiera dictado sentencia.

siempre será necesario la realización de una audiencia, pues el riesgo de perder la finalidad de tal medida no existe.

Las modificaciones establecidas al Código de Procedimiento Penal por la Ley 007, generaron incertidumbre e inseguridad en dicha norma procesal.

Pues anteriormente en cuanto se refería a los plazos fijados por el legislador en los casos 2 y 3 del art. 239, solo se requería la concurrencia de los mismos, en este sentido el Tribunal Constitucional de Bolivia, reglaba con énfasis al vencimiento del plazo, al establecer como línea jurisprudencial para los casos 2 y 3 del art. 239 del C.P.P., que para disponer la cesación de la detención preventiva, no se podía considerar otros aspectos ajenos al vencimiento de los plazos señalados de 18 y 24 meses (SC N° 947/01-R de 6 de septiembre de 2001 y 1354/02 de 6 de noviembre de 2002), por ser el plazo el único requisito exigido por la norma para la cesación y lo contrario vulneraba el derecho a la libertad del imputado.

Hasta ese entonces el Tribunal Constitucional reglaba de manera justa el hecho de que con relación a la aplicación e interpretación del art. 239 2. y 3. Del Código de Procedimiento Penal, no se podía alegar riesgo de fuga o de obstaculización del procedimiento y menos utilizarse de manera válida este hecho para negar la cesación de la detención preventiva, ya que estos elementos se referían a supuestos para imponer la medida, mientras que para hacerla cesar, correspondía analizar la

⁷⁴ Idem. Pág. 307.

variación de supuestos (art. 239 inc.1); o la duración excesiva (art. 239 incs. 2) y 3) CPP.), así establecían dicha interpretación y línea jurisprudencial entre otras Sentencias Constitucionales: Ver S.C. N° 741/00-R de 2 de agosto de 2000 y 1490/02-R de 6 de diciembre de 2002.

3.3.1. Nuevo Criterios de Interpretación de los Requisitos de Cesación a la Detención Preventiva.

De manera posterior a las Sentencias Constitucionales citadas en el punto anterior, el Tribunal Constitucional Plurinacional, realizó una interpretación de **la cesación de la detención preventiva por el transcurso del tiempo y sus elementos concurrentes**, es así que consideró la norma prevista en el art. 239 del CPP., modificado por el art. 1 de la Ley 007 de 18 de mayo de 2010, estableciendo los presupuestos del cese de la detención preventiva, referidos a:

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

2. *Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga y,*

3. *Cuando su duración exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) sin que se hubiere dictado sentencia*

Vencidos los plazos previstos en los numerales 2) y 3), el juez o tribunal aplicará las medidas cautelares que correspondan previstas en el artículo 240 de este Código, siempre que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado...”.

Es así que el Tribunal Constitucional Plurinacional, estableció jurisprudencia Constitucional respecto a la cesación de la detención preventiva reglada por el art. 239.3 del CPP. Así se cita a la siguiente jurisprudencia:

La Sentencia Constitucional Plurinacional 0041/2012 de 26 de marzo, motivo “...es evidente que el objeto de la citada norma procesal responde a fijar un lapso para la detención preventiva, en términos de garantizar que el acusado sea juzgado dentro de un plazo razonable y no mantener la restricción de su libertad en forma indefinida paralela a las incidencias que dilaten el proceso en sí, sin embargo, no es menos cierto que el límite temporal fijado por la norma, tiene a su vez un mecanismo que

posibilita a que el juzgador exija se desvirtúe la existencia de riesgos procesales, traducidos en el cumplimiento de determinadas formalidades, con el objeto de garantizar a su vez la presencia del imputado en el proceso, materializando de esa forma un equilibrio procesal entre el ejercicio de ius puniendi del Estado, reflejado en la eficacia del proceso penal y las garantías que asisten a las partes dentro de una acción penal...”.

En igual razonamiento se pronuncian las Sentencias Constitucionales Plurinacionales: SC. 0034/2005-R. de 10 de enero; Auto Constitucional 0005/2006-ECA de 20 de enero; y SC 0805/2010-R. de 2 de agosto.

Sin embargo se debe considerar que dichas interpretaciones no son mas que justificativos a mantener una persona detenida más alla del plazo interpuesto por el legislador boliviano, primero que nada considerar que motivar que un elemento concurrente que posibilita al imputado acceder a su libertad **“ES DESVIRTUAR PELIGROS PROCESALES”** luego de que “la duración de la detención preventiva exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) sin que se hubiere dictado sentencia” ESTABLECIENDO COMO FIN U OBJETO QUE SE DEBE GARANTIZAR A SU VES LA PRESENCIA DEL IMPUTADO EN EL PROCESO, se debe realizar una interpretación objetiva de la norma, toda vez que el mismo legislador estableció LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS PARA DICHO FIN.

Realicemos la interpretación de otro motivo de la interpretación realizada en la SCP 0041/2012 de 26 de marzo cuando afirma e interpreta que: “... *norma procesal responde a fijar un lapso para la detención preventiva, en términos de garantizar que el acusado sea juzgado dentro de un plazo razonable y no mantener la restricción de su libertad en forma indefinida paralela a las incidencias que dilaten el proceso en si...*”. Aquí los magistrados que dictan dicha sentencia relacionan EL LAPSO DE TIEMPO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA con LAS INCIDENCIAS QUE DILATEN EL PROCESO, para justificar nuevamente LA EXIGENCIA DE DESVIRTUAR PELIGROS PROCESALES como condicionante para acceder a la libertad por el plazo fijado 18 y/o 36 meses de detención preventiva; mezclando

dichos ELEMENTOS CONCURRENTES como ellos los llaman, pues el legislador ya condicionó que cuando el lapso de tiempo de la detención preventiva, tiene como causa las incidencias que dilatan el proceso se debe considerar lo ya dispuesto por el art. 239 en su última parte “...*Vencidos los plazos previstos en los numerales 2) y 3), el juez o tribunal aplicará las medidas cautelares que correspondan previstas en el artículo 240 de este Código, siempre que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado...*”.

Concluiremos diciendo que: La Detención Preventiva en nuestro sistema penal, es la medida coercitiva de carácter personal de mayor magnitud que prevé nuestro sistema jurídico procesal, consistente en la privación de la libertad personal del imputado mediante el ingreso a un centro penitenciario por un **tiempo determinado por ley** PLAZO PROCESAL con la finalidad de asegurar su presencia en el proceso y evitar que obstaculice o perturbe la actividad probatoria.

Se considerará que nuestra legislación si determina expresamente dicho plazo, cuando regla ⁷⁵“...*art. 239 (CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA). La detención preventiva cesará:*

2. Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga y,

3. Cuando su duración exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) sin que se hubiere dictado sentencia...”.

Por lo tanto se puede concluir que una persona no debería continuar detenida preventivamente cuando: la duración de dicha medida cautelar exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave, y cuando su duración exceda de dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación fiscal o de treinta y seis (36) meses sin que se hubiera dictado sentencia, lo contrario significaría vulnerar el principio de presunción de inocencia y el cumplir una pena de manera anticipada;

El legislador también prevé la mora procesal atribuible al imputado a efectos de que el mismo no se beneficie con el plazo cuando de manera dolosa y de mala fe provoca la mora procesal y la concurrencia de dichos plazos, pues el mismo art. 239 prevé

⁷⁵ Idem. Pág. 307

⁷⁶“...Vencidos los plazos previstos en los numerales 2) y 3) el juez o tribunal aplicará las medidas cautelares que correspondan previstas en el art. 240 de este Código, siempre que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado...”

Sin duda los objetivos que se pretende lograr con la detención preventiva son: primero, asegurar la presencia del imputado en el proceso penal, toda vez que si aquel no se somete al proceso y por ejemplo se pone en la situación de prófugo, este se frustrará, reservándose hasta que sea habido; segundo, garantizar una normal y exitosa investigación de los hechos que se atribuye al imputado, toda vez que si concurren circunstancias de entorpecimiento u obstaculización por parte del imputado, es posible que aquella no consiga sus fines y tercero, se pretende asegurar la futura ejecución penal, es claro que si se dicta sentencia condenatoria efectiva y el imputado se pone fuera del alcance de la autoridad no será posible ejecutar la sentencia; SIN EMBARGO UN SISTEMA DEMOCRÁTICO debe considerar que si la dilación es atribuible a los órganos de poder del Estado, a este no le quedará otra que respetar los plazos por él mismo creados.

Estó no sería más que REALIZAR los principios incluso es tablecidos en su misma norma adjetiva, así tenemos el art. 221 del Código de Procedimiento Penal ⁷⁷“...art. 221.- (FINALIDAD Y ALCANCE). La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y este Código, sólo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley.

También regla la ley adjetiva en el art. 222 que ⁷⁸“...(CARACTER). Las medidas cautelares de carácter personal, se aplicarán con criterio restrictivo y se ejecutaran de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados...”

En suma, en nuestra legislación, la detención preventiva *es* una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y de la víctima y en el seno de un proceso penal debidamente incoado,

⁷⁶ Idem. Pág. 308.

⁷⁷ Idem. Pág. 275.

⁷⁸ Idem. Pág. 276.

siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de obstaculización o peligro de reincidencia (no se puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo)

CAPITULO IV

4. PROPUESTA JURÍDICA

Las modificaciones legislativas a los requisitos establecidos en la legislación boliviana, de manera particular a los requisitos de la cesación a la detención preventiva, hoy en día generan más que controversia, sobre todo el rotulo de ser modificaciones de carácter político, por los llamados procesos de persecución política, discusión generada sobre todo por la incertidumbre que las mismas representan y los momentos en los que las mismas se aplicaron.

Esta controversia, debe afirmarse que se dan, por la indeterminación a nivel legal y doctrinal, respecto a la interpretación de dichas normas a momento de su aplicación a los sujetos procesales, que inciden directamente en la ausencia de adopción y vigencia de la norma, más aún cuando esta tiene directa aplicación de la injerencia del poder estatal sobre un derechos fundamental tan importante como es la libertad del hombre.

Consideramos que para que dicha norma tenga utilidad y aplicabilidad sobre todo en el respeto de garantías, principios y derechos constitucionales se debe establecer con claridad EL FIN LEGALMENTE ATRIBUIDO a la norma que regla LA CESACIÓN A LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Determinar si lo tiene o no, del que intuitivamente quepa atribuirle en cuanto a uno de sus principios (PROVISIONAL), que es de escasa utilidad si esa determinación no tiene como consecuencia la asunción de un sistema o régimen jurídico derivado de dicha naturaleza.

Antes de abordar la naturaleza de las medidas a que nos venimos refiriendo y favorecer tal ejercicio, será necesario tomar posición acerca de uno de los derechos sobre los que el Tribunal constitucional ha construido su escueta doctrina sobre la tutela cautelar sobre la tutela cautelar penal: La presunción de inocencia y más concretamente su observación como regla de tratamiento del imputado en el proceso penal, de hecho la jurisprudencia constitucional en materia cautelar puede clasificarse en función al tratamiento realizado lo es de cada una de las medidas de este género,

En necesario precisar el significado del contenido e implicaciones de los principios que rigen la aplicación de medidas cautelares más gravosa, como la DETENCIÓN PREVENTIVA como así también LA CESACIÓN A LA MISMA.

En este sentido tenemos a principios como la presunción de inocencia, celeridad procesal, prohibición de aplicarse de manera anticipada la pena dándole este carácter a la imposición de la medida cautelar, vulneración del principio de presunción de inocencia y la temporalidad de la aplicación de las medidas cautelares.

En este sentido podemos afirmar que en la práctica forense, la presunción de inocencia como regla del tratamiento del imputado a momento de aplicársele medidas cautelares y la cesación de las mismas no han sido concretados por la jurisprudencia constitucional boliviana y menos aún por los tribunales ordinarios, pese a que el legislador prevé el carácter temporal de la aplicación de las medidas cautelares en el proceso penal, más aún cuando el mismo es lesionado por la retardación de justicia, aspecto común en todos los procesos penales.

Por este motivo si ha de relacionarse la tutela cautelar penal con estos principios y derechos fundamentales, parece necesario acometer una primera aproximación a la interpretación de los mismos, que por fuerza habrá de tomarse como hipótesis de trabajo que no existe un derecho democrático, cuando el mismo legislador no respeta los principios, derechos y garantías que prescribe como fin y base el mismo.

4.1. La Necesidad del respeto a los Principios y Garantías Constitucionales en la aplicación de medidas cautelares y en la Cesación de las mismas.

Existe la necesidad de garantizar el respeto de principios y garantías constitucionales en la aplicación de las medidas cautelares dentro del proceso penal, plasmando estos en la temporalidad establecida en la norma adjetiva, de manera principal en lo que refiere la Cesación de la detención preventiva.

En el análisis del tercer capítulo se pudo confirmar que si bien nuestra legislación establece parámetros de tiempo en lo referente a la detención preventiva concretamente en el art. 239 del Procedimiento Penal mismo que dispone que la detención preventiva cesara “cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga; y, cuando su duración exceda de

dieciocho (18) meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis (36) meses sin que se hubiera dictado sentencia”, se concluye que nuestro legislador en un primer momento pone un plazo para disponer la cesación de la detención preventiva, sin embargo las interpretaciones hechas por el tribunal constitucional plurinacional boliviano, interpreta que se deben considerar los ELEMENTOS CONCURRENTES para considerar la cesación de la detención preventiva por el transcurso de tiempo, y que no basta la concurrencia del plazo para disponer la cesación sino también una exigencia burda donde el imputado debe demostrar que nuevos elementos de juicio , demuestren que no concurren los motivos que la fundaron, imponiendo en consecuencia aspectos ajenos al vencimiento de los plazos señalados de 18 y 36 meses.

En este sentido los supuestos para hacer cesar la medida cautelar, no deben ser otros que los de tiempo.

Interpretaciones como esta no hacen otra cosa que el juzgador a momento de considerar como fundamento de una resolución, los principios, derechos y garantías meros postulados teóricos, para confirmar lo aseverado basta recurrir a las afirmaciones realizadas por los abogados penalistas de nuestro departamento, los cuales en un 100% de las respuestas brindadas por los mismos a la interrogante de que “...¿Qué derechos y garantías se vulneran cuando una persona es detenida indefinidamente y luego se las declara absueltos de pena...?, y las respuestas fueron contundentes al afirmar que “principalmente la dignidad”, “la libertad”, “el debido proceso”, “la seguridad jurídica”, “la celeridad procesal”.

Sumado al hecho de que en la practica forense del derecho penal, estos abogados afirman que muchos de ellos tuvieron clientes detenidos de manera indefinida, por disposición del art. 239 incs. 1), 2), y 3), a los cuales ni siquiera se les indemnizó porque luego de detenerlos más de los 3 años que dicho artículo prescribe, llegado el momento en juicio se los declaró absueltos pero por aplicación del art. 363 inc 2), lo cual inhibe al estado de indemnizar a dichos imputados por el tiempo injustamente

detenidos, así afirmó el Dr. Mita ⁷⁹“...No solamente en uno, si no en varios delitos que han estado detenidos preventivamente por más de 36 meses que luego de deliberar el juicio han dictado sentencia absolutorias **LO EXTRAÑO Y RARO**, es que en muchas de las ocasiones el Tribunal de Sentencia en algunas ocasiones dicta la sentencia basada en el art. 363 inc. 2) es decir porque la prueba no se ha aportado lo suficientemente y que en su aspecto no da lugar en alguna manera a poder acceder a una indemnización que pueda acceder el imputado por todo el tiempo que ha estado detenido preventivamente conforme lo establece el procedimiento...”.

4.1.1. El Respeto del Principio de Presunción de Inocencia en la Aplicación de Medidas Cautelares.

Se debe considerar que si a un sujeto se lo considera inocente mientras no se demuestre su culpabilidad, este principio no debe llegar a ser un mero postulado teórico, pues libertad y presunción de inocencia se encuentran íntimamente ligadas, dicho enlace radica en la propia esencia del derecho a la presunción de inocencia, y a una garantía constitucional, en este entendido explica los procesalistas Caamaño, F., mismo que afirma ⁸⁰“...el derecho a la presunción de inocencia en sus múltiples fueros y manifestaciones, como eje del derecho constitucional de garantía...” (Vic. CAAMAÑO, F. “La garantía Constitucional de la Inocencia”, por otro lado Ferrajoli la define como ⁸¹“...la presunción de inocencia como garantía de libertad...” “Derecho y Razón, Teoría del galantismo Penal”.

Por lo que la presunción del proceso penal frente a las injerencias de poder estatal, en cualquiera de sus ramas del derecho legislativo y administrativo sancionador.

Es necesario desmembrar el contenido del derecho a la presunción de inocencia que permita explicar lógicamente la relación entre este principio y garantía constitucional y la aplicación de medidas cautelares penales, bajo las exigencias del respeto a la vigencia de la presunción de inocencia sobre el régimen de estas medidas en el

⁷⁹ MITA AQUINO, Grober Samuel “Entrevista de Tesis”, Realizada por Lady Diana Toconas Delgado, Tarija Bolivia 2014, Pág. 3

⁸⁰ CAAMAÑO, Fernando “La Garantía Constitucional de la Inocencia”, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia España 2003, Pág. 18 a 20.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón, Teoría del Galantismo Penal”, Editorial Trotta, Madrid España 1995, Pág. 549.

proceso penal, para esto y tras asunción de “la triple acepción de la presunción de inocencia”, habrá de situarse la construcción de una de las acepciones de este derecho, la que se refiere a él como una “regla de tratamiento del imputado en el proceso penal” dicha perspectiva obligará a contextualizar el análisis en el orden penal y con carácter previo a tomar una posición acerca de las relaciones de poder entre el Estado y ciudadano, con esto último a la filosofía política y moral serán precisados en breve, pero, al respecto, puede indicarse ahora que dicha opción se estima especialmente relevante para comprender la hipótesis sobre el contenido de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y; en última instancia también del propio fundamento de la tutela cautelar penal.

Corresponde analizar la triple acepción de la presunción de inocencia e incertidumbre de su contenido como regla de tratamiento del imputado en el proceso penal, al respecto la doctrina científica más destacada corresponde citar el trabajo relevante realizado por el Dr. Vegas Torres, cuya teoría de la triple acepción de este derecho fundamental refiere que “...la presunción de inocencia es (1) un principio informador de todo el proceso penal de corte liberal; (2) una regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso y; (3) un regla de juicio fáctico, con incidencia en el ámbito probatorio.

Esta última acepción, la que se refiere a los requisitos necesarios para la enervación de la presunción de inocencia, la que ha obtenido una mayor atención en nuestra doctrina citada, tanto científica como jurisprudencial. No obstante, en ambos fueros se han reconocido con mayor o menor desarrollo, los otros dos significados de la presunción de inocencia, pudiendo hoy afirmarse que el alcance de dicho derecho no se circunscribe a la apreciación definitiva de la culpabilidad, sino que su vigencia condiciona la estructura de todo el proceso penal de corte liberal, así como el trato que, bajo una óptica racional, debe dispensarse al sujeto pasivo del proceso desde la denuncia hasta la realización del juicio oral.

Pese a distinguir estas tres acepciones no puede negarse que todas aquellas expresan diferentes alcances de un único derecho, y que aquéllas tres tienen entre sus nexos de unión “una misma preocupación de justicia que se puede resumir en la exigencia

elemental de que el inocente no sea castigado de manera anticipada sobre todo con una medida instrumental. Las tres acepciones constituyen en definitiva intentos de optimizar el valor “inocencia”, por esta interrelación y equivalente función se explica que al hilo del análisis de cualquiera de las tres expresiones puedan identificarse las otras dos. Así sucederá en la exposición que integra este título, centrada en las exigencia que la presunción de inocencia proyecta sobre el tratamiento del sujeto pasivo del proceso.

Al respecto ha de recordarse que un análisis de la tutela cautelar penal basado en el derecho a la presunción de inocencia manifiesta una primera relación entre en derecho a la presunción de inocencia y las medidas cautelares, por lo que ésta no sea la cuestión que se debate en el análisis de las medidas cautelares de referencia, ni tampoco el asunto central, por lo que la posibilidad de examinarse el significado de las medidas adoptadas durante el proceso evitando que éstas puedan (pudieran, en la versión original) tener un carácter punitivo, distinto al cautelar” Esta primera mención de la presunción de inocencia como parámetro de constitucionalidad de las medidas cautelares encuentra apoyo implícito en la libertad es la regla y la detención la excepción. En la que aduce el derecho de defenderse en libertad, como uno de los que disciplinan la institución de la prisión provisional. Obviamente, otro de los derechos que cumplen esta función es el de la libertad, reconocido en los arts. 21 y 23 de la carta magna.

“El principio de inocencia exige, entre otras cosas, que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del caso penal en su contra. La consecuencia más importante de esta exigencia, que obliga a tratar como inocente al imputado, consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que necesariamente deben ser impuestas al uso excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o a la verosimilitud de la imputación.

La pregunta que surge entonces nuevamente es cómo compatibilizar la aplicación de las medidas cautelares, y sobretodo la de la detención preventiva que viola el derecho a la libertad de las personas, con el principio de inocencia.

“La realidad nos muestra, por el contrario, que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables; que en muchas ocasiones por defectos del procedimiento, la sociedad “debe dejar salir” , a pesar que –ya exista probabilidad fuerte de autoría, imponiéndose medidas sustitutivas que puedan asegurar los fines del proceso, aún sea esta con costas al mismo estado, representadas en asegurar la presencia del imputado con un arresto domiciliario con escolta policial.

4.1.2. El respeto del Principio de Celeridad Procesal en la Aplicación de Medidas Cautelares.

Este principio fundamental del Estado de Derecho es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la aplicación de las medidas cautelares y sobre todo cuando se trata de resolver peticiones que tienen que ver con la libertad del sujeto detenido preventivamente.

Este principio nos dice, que toda persona que es sometida a un proceso penal su tratamiento legal debe ser considerada en el menor tiempo posible pues de lo contrario se puede lesionar otros derechos fundamentales como ser la dignidad del sujeto o el derecho a ser tratado como inocente, mientras no se destruya su estado jurídico de inocencia en un juicio, mediante sentencia ejecutoriada o firme.

“Según se observa, la necesidad emerge directamente de la necesidad de que el juicio se desarrolle mediante la aplicación de una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones. De ahí que se afirme que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso” o que “los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aún cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa.

4.2. La Modificación de los requisitos para la Cesación de la Detención Preventiva.

Existe la necesidad de modificar los requisitos para la Cesación de la Detención preventiva, en cuanto se refiere a que los tres requisitos exigidos en los incisos 1), 2) y 3) deben de concurrir de manera conjunta es decir que el plazo fijado en los incisos 2) y 3) no solo debe de agotarse sino también “los elementos de juicio nuevos deben destruir los motivos que fundaron la aplicación de la detención preventiva”, en este

sentido así el plazo concurra como fundamento de la cesación este es procesalmente inaplicable, pues en el fondo lo único que interesa es que los presupuestos que fueron considerados para la aplicación de la detención preventiva, lo cual genera incertidumbre e inseguridad jurídica.

Para esto los requisitos descritos en los incisos 1) 2) y 3) del art. 239 del Código de Procedimiento Penal, deben ser autónomos e independientes en su interpretación y no depender uno del otro, para la aplicabilidad de la cesación de la detención preventiva, esto va a garantizar que los plazos fijados por el mismo legislador sean respetados por el órgano judicial.

En este punto corresponde analizar que el 100% de los profesionales sometidos a cuestionario están de acuerdo a modificar los requisitos exigidos para la procedencia de la Cesación a la Detención Preventiva; así expresa el Dr. Pedro Valdez Sanchez cuando se le preguntó "...¿Los plazos que prescribe el legislador para que una persona acceda a su libertad, de ser cumplidos deben ser respetados por el juzgador para que una persona acceda a su libertad?...",

4.3. Exigencias Para Acordar la Cesación de la Detención Preventiva Bajo una Óptica de la Aplicación Excepcional y Restrictiva de la Detención Preventiva.

Las exigencias para acordar la Cesación de la Detención Preventiva, bajo una óptica de la aplicación excepcional y restrictiva de la detención preventiva, hacen que los principios derechos y garantías involucrados y estudiados ampliamente en el desarrollo de la tesis, sean realizados de manera integral, y no bajo postulados sólo teóricos.

4.3.1. Previsión Legal

Se debe considerar una propuesta de reforma al artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que dicha regulación actual es inaplicable y tramposa, las exigencias de que deben concurrir de manera paralela los tres numerales que reglan la aplicación del art. 239 de la ley 1970, son excesivas, no permiten lograr una adecuada excepcionalidad, proporcionalidad y temporalidad de la detención preventiva, lesionando derechos principios y garantías constitucionales, como ser la

celeridad procesal, la presunción de inocencia, la libertad, la dignidad, y el debido proceso.

En virtud de lo expuesto, se sugiere eliminar la concurrencia conjunta de los tres numerales del art. 239 del CPP. Separando dichos numerales mediante el empleo del literal “o”, esta modificación a la norma tendrá por objetivo que los numerales 1, 2 y 3 del artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, se apliquen los requisitos exigidos en dichos numerales para la cesación de la detención preventiva de manera separada, toda vez que se establece la “o” como conjunción disyuntiva y denotará diferencia, así como separación de ideas, es decir que alternativamente puede ser lo uno o lo otro, evitando que de manera conjunta se den todos los requisitos y criterios establecidos en las normas referidas.

Lo que se quiere es brindar seguridad jurídica al imputado evitando arbitrariedades judiciales, ya que dicha norma les brinda a los juzgadores un criterio eminentemente subjetivo; y reformar los numerales 1, 2 y 3, en razón a que, el considerar otros aspectos ajenos al vencimiento de los plazos inmersos en los numerales 2 y 3 del art. 239 del C.P.P.

Para dicho cometido se realiza la siguiente propuesta modificatoria:.

Es necesario modificar los requisitos para la cesación a la detención preventiva establecidas en las previsiones del art. 239 numerales 1, 2 y 3, del Código de Procedimiento Penal, mismos que deben ser independientes en su aplicación e interpretación debiendo constituir una verdadera garantía para los sujetos procesales y en especial para el imputado, para evitar excesos en los órganos de poder del estado, por lo que las condiciones contenidas en dichos incisos no deben ser simultáneas o concurrentes; siendo válida la sola concurrencia de una de ellas para la procedencia de la cesación a la detención preventiva; para lo cual el legislador debe establecer el término “o”, para diferenciar la separación de los numerales en el citado artículo, como conjunción disyuntiva modificándose el tenor literal de dicho artículo de la siguiente manera:

Artículo 239.- (CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA). La detención preventiva cesará:

1. Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tomen conveniente que sea sustituida por otra medida, “o”;

2. Cuando su duración, exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga; “o”;

3. Cuando su duración exceda de dieciocho meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis meses sin que se hubiera dictado sentencia.

Vencidos los plazos previstos en los numerales 2) y 3) el juez o tribunal aplicará las medidas cautelares que correspondan previstas en el art. 240 de este código. Siempre que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado.

En los últimos meses se ha modificado en artículo 239 del Código de Procedimiento Penal. Mediante el art. 8 de la Ley 586 del 30 de octubre de 2014, modificando el art. 239 del Código de Procedimiento Penal con el texto siguiente;

Artículo 239.- (CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA). La detención preventiva cesará:

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

2. Cuando su duración, exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga;

3. Cuando su duración exceda de doce (12) meses sin que se haya dictado acusación o de veinte cuatro (24) meses sin que se hubiera dictado sentencia.

Excepto en los delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, asesinato, violación a infante, niña, niño, adolescente, e infanticidio y.

4. cuando la persona privada de libertad acredite que se encuentra con enfermedad terminal.

Planteada la solicitud, en el caso de los numerales 1 y 4, la o el juez deberá señalar audiencia para su resolución en el plazo máximo de cinco (5) días.

En el caso de los numerales 2 y 3, la o el Juez o Tribunal dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, correrá traslado a las partes quienes deberán responder en el plazo de tres (3) días. Con contestación o sin ella, la o el Juez o Tribunal dictará resolución sin necesidad de audiencia, dentro de los cinco (5) días siguientes, declarando la procedencia, siempre que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado, o la improcedencia del beneficio, sin posibilidad de suspensión de plazos.

En los casos previstos en los numerales 2, 3, y 4 del presente artículo, la o el Juez o Tribunal aplicará las medidas sustitutivas que correspondan, previstas en el Artículo 240 de este Código

Vencidos los plazos previstos en los numerales 2) y 3) el juez o tribunal aplicará las medidas cautelares que correspondan previstas en el art. 240 de este código. Siempre que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado...”.

Se debe considerar que las presentes modificaciones si bien han reducido los plazos para considerar la cesación a la detención preventiva, se realiza una descripción discriminatoria de ciertos delitos “los delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, asesinato, violación a infante, niña, niño, adolescente, e infanticidio”, que si bien son delitos graves y que debe garantizarse la presencia del imputado en este tipo de delitos, sin embargo bajo una interpretación extensiva del principio constitucional de inocencia una persona debe ser tratada como inocente mientras no se compruebe su culpabilidad, sumado al hecho de que todas las personas deben ser tratadas bajo el principio de igualdad, pues el legislador no puede realizar diferenciaciones de trato procesal más aún cuando en la practica forense se demuestra que en este tipo de delitos “particularmente los delitos de violación

de menores en donde existen sentencias absolutorias o rechazos de denuncias de delitos.

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Detención preventiva es un instrumento técnico jurídico, que consiste en la restricción provisional del derecho a la libertad individual de una persona, ordenada por el órgano jurisdiccional competente y que tiene por objeto el ingreso del imputado en el centro penitenciario como instrumento para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la sentencia.

SEGUNDA.- La legislación Boliviana reconoce dos clases de medidas cautelares, las medidas cautelares de carácter personal tienden a imponer limitaciones a la libertad física de la persona; por otro lado las medidas cautelares reales importan una restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio.

TERCERA.- Los principios que rigen la Detención Preventiva, se caracterizan por su excepcionalidad, provisionalidad, proporcionalidad, instrumentalidad, jurisdiccionalidad, temporalidad, mismos que encuentran aplicación en principios, derechos y garantías constitucionales.

CUARTA.- La Legislación Peruana, a previsto un plazo límite a la prisión preventiva, plazo estipulado en nueve meses como mínimo y 18 meses como máximo, estos plazos tienen que ver de manera particular a la exigencia tanto para el Ministerio Público como para el Juez que ejerce el control jurisdiccional para dictar sentencia en primera instancia, cumplido el plazo corresponde aplicarse medidas sustitutivas.

QUINTA.- Las modificaciones establecidas por la Ley 007 a los párrafos 1, 2 y 3 del art. 239 en el Código de Procedimiento Penal, generaron incertidumbre e inseguridad jurídica en dicha norma procesal, toda vez que por interpretación de la doctrina constitucional emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, para solicitar la Cesación de la Detención Preventiva, deben de concurrir los tres párrafos citados de manera conjunta.

SEXTA.- Previa a las citadas modificaciones, el Código de Procedimiento Penal, en cuanto se refería a los plazos fijados por el legislador en los casos 2 y 3 del art. 239, solo se requería la concurrencia del plazo sin condicionante fijada en los mismos.

SEPTIMA.- El vencimiento del plazo, para los casos 2 y 3 del art. 239 del C.P.P., era suficiente para disponer la Cesación a la Detención Preventiva, no se podía considerar otros aspectos ajenos al vencimiento de los plazos señalados de 18 y 24 meses, por ser el plazo el único requisito exigido por la norma para la cesación y lo contrario vulneraba el derecho a la libertad del imputado.

VIII. RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Al ser la detención preventiva un instrumento técnico jurídico, provisional, cuyo objeto es el ingreso del imputado en el penal, a objeto de asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la sentencia, su aplicación no debe afinar un tiempo indeterminado de la medida, constituyendo la misma en el factor culpabilidad, quebrantando el principio de presunción de inocencia.

SEGUNDA.- Es importante conocer dichos principios pues los mismos denotan las características generales de las medidas cautelares, porque esto ayuda a entender mejor el sentido de las mismas en cuanto a su aplicación, con mayores criterios de justicia. Además, también es importante conocer cuáles son las características intrínsecas de las mismas, es decir, la “camisa de fuerza” que impide que la restricción del derecho a la libertad en su vertiente más radical como es la detención preventiva, sea aplicada arbitrariamente por parte de los órganos del poder público

TERCERA.- El análisis de las legislaciones extranjeras, conlleva a un mejor examen en la promulgación de normas jurídicas, con un afán de colocarnos a la vanguardia del derecho procesal; de manera particular se debe proyectar que todo cambio legislativo en nuestra legislación referente a reglar la detención preventiva y los requisitos para su cesación, para mejorar nuestro ordenamiento, partiendo de lineamientos ya definidos y vividos por la práctica constante de otros entornos políticos jurídicos comunes.

CUARTA.- Existe la necesidad de derogar las modificaciones establecidas por la Ley 007 a los párrafos 1, 2 y 3 del art. 239 en el Código de Procedimiento Penal

QUINTA.- En plazo límite a la detención preventiva, estipulado en la previsión del art. 239 numerales. 2 y 3, “cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave y su duración exceda de dieciocho meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis meses sin que se

hubiera dictado sentencia. El legislador para establecer la cesación a la detención preventiva no debe reglar aspectos ajenos al vencimiento de los plazos señalados.

SEXTA.- El fundamento base para sustentar el plazo de duración máxima de la detención preventiva debe ser el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, pero buscando el equilibrio entre la necesidad de eficacia del proceso penal y el respeto al principio de inocencia del imputado, y la garantía constitucional de no cumplir con una pena anticipada.

SEPTIMA.- Es necesario modificar los requisitos para la cesación a la detención preventiva establecidas en las previsiones del art. 239 numerales 1, 2 y 3, mismos que deben ser independientes en su aplicación e interpretación debiendo constituir una verdadera garantía para los sujetos procesales y en especial para el imputado, para evitar excesos en los órganos de poder del estado, por lo que las condiciones contenidas en dichos incisos no deben ser simultáneas o concurrentes; siendo válida la sola concurrencia de una de ellas para la procedencia de la detención preventiva; para lo cual el legislador debe establecer el término “o”, para diferenciar la separación de los incisos, como conjunción disyuntiva modificándose el tenor literal de dicho artículo de la siguiente manera:

Artículo 239.- (CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA). La detención preventiva cesará:

1. Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tomen conveniente que sea sustituida por otra medida, “o”;
2. Cuando su duración, exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga; o,
3. Cuando su duración exceda de dieciocho meses sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis meses sin que se hubiera dictado sentencia.

Vencidos los plazos previstos en los numerales 2) y 3) el juez o tribunal aplicará las medidas cautelares que correspondan previstas en el art. 240 de este código. Siempre que la demora no sea atribuible a los actos dilatorios del imputado.