

Módulo 13: Procesal y Procedimental

Componente Penal – Parte 1



**Segundo Curso de Formación y Especialización Judicial
Escuela de Jueces del Estado**

MÓDULO DE DESARROLLO PROCEDIMENTAL Y PROCESAL

COMPONENTE PENAL - Parte 1

Unidad Nº 1: Principios del Proceso Penal y su Aplicación Práctica

1 Aspectos Generales

Siguiendo al procesalista Juan Mendoza Díaz en sus "Lecciones de Derecho Procesal Penal", desde el punto de vista práctico los principios que informan el proceso penal se presentan unas veces como postulados axiológicos sobre los que debe estructurarse (igualdad, búsqueda de la verdad material), otras como exigencias impuestas al juzgador y a las partes, los que luego se patentizan en garantías procesales (derecho a la defensa) y en ocasiones como parámetros estructurales que deben ser tenidos en cuenta al momento de hacer el diseño legislativo del tipo de proceso que se regulará (oralidad, publicidad).

Desde el punto de vista doctrinal lo que ocurre muchas veces, en correspondencia con el criterio de cada autor, es que los principios se ligan, mezclándose unos con otros y éstos con derechos y garantías, de forma tal que en ocasiones resulta difícil identificar si de lo que está hablando es de un principio procesal o de una garantía reconocida en el ordenamiento como derecho del acusado.

De lo anterior se desprende que existe en la actualidad una diversidad de clasificaciones de los principios, las que generalmente coinciden en sus postulados conceptuales, pero difieren en cuanto a los criterios metodológicos de ubicación y denominación¹.

¹ A guisa de ejemplo se pueden mencionar dos autores que resultan representativos de lo más moderno de la doctrina española: MONTERO, quien hace una clasificación genérica entre Principios del Proceso y Principios del Procedimiento, dividiendo a los primeros en principios comunes a todos los procesos y principios específicos. MONTERO AROCA, J; con M. ORTELLS RAMOS; J.L. GOMEZ COLOMER y A. MONTON REDONDE; Derecho Jurisdiccional. Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 7ma edición. pp.317-363.

Por su parte GIMENO SENDRA considera que los principios deben agruparse en tres grandes grupos a los que identifica como Principios de Derecho Judicial Orgánico, Principios del Proceso y Principios del Procedimiento. GIMENO SENDRA, V. con V.MORENO CATENA y V. CORTES DOMINGUEZ; Derecho Procesal Penal; Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p.31.

En Cuba el tema ha sido tratado, entre otros, por RODRIGUEZ GAVIRA, quien establece una distinción entre Principios Generales. Principios Interramales y Principios Ramales. RODRIGUEZ GAVIRA, A; *Los principios del Derecho Penal cubano*; en Revista Jurídica No12, julio-sept. 1986, año IV, pp.77-78.

Es necesario destacar que la sistematización de los principios del proceso penal tiene manifestación histórica progresiva, de forma tal que en la medida en que la sociedad avanzaba y el hombre iba ganando una mejor y más solvente posición frente a los poderes públicos, se iba produciendo una plasmación positiva de garantías y derechos en los ordenamientos procesales. Este proceso, que en el terreno filosófico sienta sus orígenes en el florecimiento de las ideas liberales, se fue universalizando y extendiendo, desarrollo que está íntimamente ligado al proceso codificador europeo de finales del siglo XIX, cuando el Derecho Procesal abandonó su esquema procedimentalista y se comenzó a estudiar en las universidades como una ciencia dentro del Derecho.

Hitos importantes de este iter lo constituyen las revoluciones sociales, las que han ido aparejadas en su casi totalidad de “Declaraciones de Derechos” que recogen estos postulados generales.² Un momento particularmente importante en este proceso de universalización de los principios del proceso penal lo juegan su plasmación progresiva en instrumentos internacionales, los que sirven para guiar a los Estados en la organización de sus legislaciones procesales, fenómeno que se enmarca históricamente con posterioridad a la culminación de la Segunda Guerra Mundial, con el surgimiento del sistema de las Naciones Unidas y la conformación de sus principales instrumentos programáticos.³

Volviendo a lo que antes expresamos sobre la diversidad de clasificaciones existentes, no se pretende caer en la tentación por demás pretensiosamente inútil, de entrar a jugar con las variantes de clasificación actualmente preponderantes, para tratar de mostrar un criterio que sólo tendría de original la ubicación mecánica de los conceptos que pretendemos presentarles. Nos parece más provechoso “apropiarnos” de un criterio de clasificación en el que reconocemos sistematicidad y coherencia y sobre el mismo realizar las matizaciones que se acomoden a nuestros puntos de mira del fenómeno⁴, a partir de su constatación con el ordenamiento procesal penal vigente. En correspondencia con lo antes dicho nos basaremos en el siguiente esquema metodológico:

1.- Principios de Derecho Judicial Orgánico.

1.1.- Juez natural.

2.- Principios del proceso

2.1.- Relativos a la estructura del proceso.

2.2.- Relativos al objeto del proceso.

² V.g. Declaración de Derechos Inglesa, de 1689; Declaración de Independencia de las Trece Colonias Inglesas de Norteamérica, de 1776 ; Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano francesa. De 1789: Declaración de los Pueblos oprimidos y explotados de la Rusia Revolucionaria, de 1918.

³ v.g. Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948; Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1949; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De 1966; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos. De 1969 (Pacto de San José).

⁴ El criterio de clasificación que hemos escogido es el propuesto por GIMENO SENDRA.

- 2.3.- Relativos a la introducción de los hechos.
- 2.4.- Relativos a la valoración de las pruebas.
- 2.5.- Relativos al régimen de los recursos.
- 3.- Principios del procedimiento
 - 3.1.-Relativos a la forma de los actos procesales.
 - 3.2.- Relativos a la relación del órgano jurisdiccional con el objeto procesal
 - 3.3.- Relativos a la comunicación de las actuaciones.

2 Principios de derecho judicial orgánico

En el análisis de este grupo de principios se dan por sobrentendidos aquellos de tipo eminentemente políticos que se ubican en la base del fundamento constitucional del Estado y que tienen su desarrollo en las normas que estructuran la actividad y funcionamiento de los tribunales de justicia, al margen del tipo de asuntos o la materia a tratar y en el que juega un papel preponderante el principio de independencia de la función judicial.

Nos referiremos aquí a aquellos principios que sin dejar de ser políticos, están esencialmente dirigidos a diseñar la estructura orgánica y de funcionamiento de los tribunales y que tienen la particularidad de manifestarse intensamente en el proceso penal, identificando y definiendo parámetros de ineludible cumplimiento en la concepción de un proceso penal garantista.

2.1. Derecho al juez natural

Este principio del proceso penal es conocido indistintamente como derecho al juez legal, natural, ordinario o predeterminado y GIMENO SENDRA lo define como un derecho fundamental, que asiste a todos los individuos a ser juzgados por un órgano jurisdiccional creado mediante la Ley y perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria, bajo el imperio de los principios de igualdad, independencia y sumisión a la Ley.⁵

MONTERO refiere que este principio, que tiene sus orígenes en el artículo 4 de la Constitución Francesa de 1791 y está recogido actualmente en la gran mayoría de los ordenamientos europeos, se presenta en una dimensión positiva y en otra negativa.⁶

La proyección positiva del principio debemos verla como el derecho que tiene todo ciudadano a ser juzgado por tribunales de tipo ordinario, entendiendo el término no en el sentido que no puedan ser tribunales especiales, sino que el tribunal que juzgue el caso

⁵ GIMENO SENDRA. v: op cit. P.39

⁶ MONTERO AROCA. J. cl al. op cit. Pp. 93-101.

debe haber existido con antelación a la comisión del delito y haber sido creado por una disposición normativa de rango superior, formando parte del sistema de órganos judiciales del país, lo cual es consecuente con los principios políticos de monopolio de la función jurisdiccional en manos del Estado y de la unidad de dicha actividad jurisdiccional. De lo anterior se desprende que no implica una violación de este principio el hecho de que una persona sea juzgada por tribunales aforados, siempre que estos estén preestablecidos en la Ley y que el justiciable reúna los requisitos predeterminados por el ordenamiento legal para que su actuar sea de la competencia de este tipo especial de órganos jurisdiccionales.

La proyección negativa está encaminada a establecer una prohibición total a los tribunales de excepción, vistos estos como aquellos órganos jurisdiccionales que son creados ex post facto con el único propósito de asumir el conocimiento de un hecho delictivo determinado, cuyo desarrollo se produce con antelación a la creación del órgano juzgador.

Como puede apreciarse se trata de la misma situación vista en dos dimensiones temporales distintas, o sea, la sujeción al principio de legalidad, entendido no en la proyección que tiene en el ámbito procesal en lo relativo a la disponibilidad de persecución penal, sino en su dimensión primigenia, o sea, en el estricto respeto de todos a la Ley a la letra de la norma, especialmente de los Poderes Públicos.

El derecho al juez natural está ampliamente refrendado en el ordenamiento positivo boliviano. En primer lugar refiere a que toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez o tribunal constituido con anterioridad a la ocurrencia del hecho. Es aquel órgano judicial cuya constitución, jurisdicción y competencia han sido establecidas por ley antes de haber surgido la causa por resolverse. Esta garantía abarca los siguientes derechos:

a) El derecho a no ser juzgado por tribunales especiales, creados exclusivamente para el juzgamiento de un hecho en especial. Al producirse determinada conducta que merece ser llevada a juicio, la misma debe ser conocida por el juez que normalmente conocería el caso, determinando que todos sean juzgados por igual por los mismos juzgados ordinarios. En países totalitarios, se suele crear tribunales “de excepción”, en los que se realizan juicios políticos en contra de opositores o disidentes. La garantía del juez natural tiende a evitar esto.

b) El derecho a ser juzgado por un juez cuya jurisdicción y competencia han sido previstas por la ley. La competencia se define por territorio, materia o grado. Este derecho supone que quien es juzgado por determinado hecho o delito, debe serlo por el juez del lugar donde ha sido cometido dicho hecho, es decir el juez competente territorialmente. Esto garantiza que quien es juzgado, lo sea por una autoridad que conoce su cultura y costumbres, así

como los móviles del hecho que se juzga. Como ejemplo podríamos citar la diversidad cultural, étnica y climática de Bolivia. Un delito cometido en Santa Cruz, no tendrá los mismos móviles y causas que un delito cometido en La Paz, pues ambos departamentos son ampliamente diferentes, en cuanto al clima, la altura sobre el nivel del mar, la cultura, etc. Otro criterio se encuentra en el hecho de garantizar al demandado un litigio en un juzgado cercano a su residencia o domicilio, para evitarle costosos gastos de traslado que significaría litigar en otra ciudad o departamento.

La Constitución Política del Estado señala respecto al juez natural:

“Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa”. C.P.E. Art. 120-I.

“Nadie será juzgado por comisiones o tribunales especiales ni sometido a otros órganos jurisdiccionales que los constituidos conforme a la Constitución y a la ley, con anterioridad al hecho de la causa.” Art. 2 Código de Procedimiento Penal, Ley 1970 de 25 de marzo de 1999.

3 Principios del Proceso Penal

La distinción entre principios del proceso y del procedimiento parte de la diferenciación entre ambas categorías procesales, en virtud de la cual el proceso se presenta como el conjunto de actos del tribunal y de las partes encaminados a la realización del Derecho, mediante el cual se desentraña el objeto del proceso y se arriba a una conclusión consecuente con lo que se ha juzgado y el que se estructura a partir de principios que sin ser esencialmente políticos son una derivación directa de ellos; mientras que el procedimiento se presenta como el conjunto de actos externos y de actuación, visto en su aspecto estrictamente formal y en el cual los principios que lo rigen son esencialmente técnicos-configurativos.

3.1. Principios relativos a la estructura del proceso.

La primera de las sub clasificaciones de estos principios es aquella que tiene que ver con los relativos a la estructura propiamente dicha del proceso penal y son los que tienen una mayor vinculación con los principios políticos, pues constituyen una derivación directa de aquellos.

Dentro de esta clasificación se incluyen dos principios que están íntimamente relacionados, de forma tal que en ocasiones se confunden y en otros casos se ve uno como derivación del otro; nos referimos a los principios de contradicción y de igualdad.

3.1.1. Principio de contradicción

Este principio está ubicado en la misma antesala de todo el proceso penal⁷, pues mediante él es que se garantiza que el debate se presente como una verdadera contienda entre partes. En lo que al acusado respecta este principio se presenta como la obligación constitucionalmente reconocida de que nadie puede ser condenado si previamente no ha tenido la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, lo cual abre para el acusado lo que se conoce como derecho a resistir la imputación⁸.

Este principio, conocido también como principio de bilateralidad de la audiencia o bilateralidad del debate, se materializa cuando ambas partes en el proceso (acusador y acusado) pueden comparecer para hacer valer sus respectivas pretensiones, proponer pruebas y realizar todas las obligaciones que estimen pertinentes en aras del derecho alegado. Se trata de un diseño consustancial a la labor de administrar justicia, pues como dice MONTERO, en toda la actuación del Derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí, las que ineludiblemente son parciales y que acuden a un tercero imparcial que es el titular de la potestad jurisdiccional, y que se corporifica en el juez o magistrado; esta no-calidad de parte que juega el tribunal es a lo que MONTERO llama “imparcialidad”.⁹

La contradicción sobre la que se mueve el proceso penal está identificada por dos partes encontradas en virtud de pretensiones que resultan contradictorias¹⁰; en un extremo este

⁷ En el caso del Código boliviano el principio está recogido en su artículo 1, bajo el rubro de ninguna condena *sin juicio previo y proceso*, disponiendo que nadie podrá ser condenado a sanción alguna si no es por sentencia ejecutoriada, dictada luego de haber sido *oído previamente en juicio oral y público*. La Constitución Política lo recoge igualmente en su artículo 16, como una garantía de la persona.

⁸ Algunos autores ven en esta formulación la presencia de un tercer principio al que denominan *Principio de Audiencia* y que se conforma precisamente partir de la mencionada obligación existente de que nadie puede ser sancionado si previamente no es oído y vencido en juicio. Esta formulación obedece a la interrelación existente entre estos principios que hace que muchas veces se confundan unos con otros o se vean unos como derivación de los otros; esta clasificación que mencionamos presenta una ventaja metodológica adicional y es que los autores que independizan el principio de audiencia, cuando analizan el denominado derecho a la defensa lo ven dentro de este principio, que es más general por estar referido no solo al acusado sino a ambas partes; o sea, que cuando estudian las garantías relativas a la adquisición del status de parte o el acceso a la justicia, no se vena solamente como derechos del acusado, como lo hacemos nosotros sino como garantías de ambas partes en el proceso.

⁹ MONTERO, J: *Principios del proceso penal*. Tirant to Blanch. Valencia. 1997. P.87.

¹⁰ MONTERO refiere que en sentido estricto no existe una dualidad de partes sino de posiciones jurídicas una activa y otra pasiva pudiendo darse el caso de que en *cada posición pueda estar integrada por más de una parte*, en dependencia de que puedan existir varios acusadores o varios acusados. Es una posición doctrinal no unánime, pues generalmente los autores utilizan el concepto de parte para definir los polos del debate, con independencia de la cantidad de personas que participen en cada una de las posiciones, no es posible intervenir en calidad distinta a la de acusador o acusado. Vid. MONTERO, J; *Principios...*; op. Cit. P. 137. BERZOSA, V; *Principios del Proceso* Revista Justicia 92. José María Bosch, Barcelona. 1992. P.560.

binomio se ubica la parte acusadora, que en la mayoría de los países esta capitalizada por una institución estatal que recibe el nombre de Ministerio Público, Ministerio Fiscal o Procuraduría, pero que puede compartirse en aquellos lugares en que la legislación reconoce el derecho a que los perjudicados ejerciten la acción punitiva de forma coetánea, convirtiéndose en instituciones de la sociedad civil para determinadas modalidades delictivas, a partir de la figura del acusador particular.

La regla general en Derecho Procesal es que las partes en un proceso se correspondan con los titulares de una relación jurídica material, salvo las excepciones que puntualmente se presenten y que abren el complicado capítulo de las legitimaciones para poder ser parte. En el análisis de este aspecto es necesario destacar con MONTERO¹¹ que en el proceso penal, a diferencia del civil, no existe una relación jurídico-material y por ello no es posible hablar de la existencia de derechos subjetivos penales ni siquiera a favor de aquellos que resulten perjudicados por la actividad delictiva; lo que hace la ley procesal es reconocer una legitimación activa a favor de determinadas personas para poder instar la persecución penal, actividad que en muchos países, como ya dijimos, es ejercida de forma monopólica por una institución especializada que realiza una especie de “expropiación” de los derechos subjetivos penales que se derivan del hecho delictivo.

En el derecho procesal boliviano, el C.P.P., en la posición de las partes acusadoras reconoce tanto al Ministerio Público como a la víctima del delito¹², que a los efectos del proceso penal es identificada con el calificativo de querellante.

En correspondencia con la existencia de la mencionada pluralidad de sujetos en la posición de la acusación, es necesario identificar las formas en que según el C.P.P. puede darse la persecución penal y que son las siguientes:

- 1 La regla general que establece el Código es que la Fiscalía tendrá a su cargo la presentación de la acusación tanto en los delitos perseguibles de oficio (art 16), como en

Otra posición doctrinal sobre el concepto de parte es la existente en la doctrina alemana y que es comentada por GOMEZ ORBANEJA y en la que, por razones distintas a las de MONTERO, se cuestiona la real existencia de partes en el proceso penal: según estas posturas no es posible hablar de partes toda vez que el Ministerio Fiscal no actúa en el proceso exclusivamente para pedir la condena de un contrario sino al servicio del interés público, que tanto exige el castigo del culpable como la absolución del inocente: esto hace que el Fiscal se presente en el proceso bajo una regla de imparcialidad que resulta contradictoria con la concepción de parte. Según esta posición doctrinal el Ministerio Fiscal representa al Estado, a quien le resulta imposible asumir una posición parcial en el proceso. GOMEZ ORBANEJA. E. con V. HERCER QUEMADA; *Derecho Proceso Penal*; Artes Gráficas y Ediciones. Décima Edición. Madrid. 1986.pp.64-65

¹¹ MONTERO, J; Principios...ob. cit. P. 99.

¹² El CPP legitima como víctima del delito no solo a la persona que directamente ha sufrido en su persona o bienes del daño material sino que hace extensiva dicha condición a determinada categoría de parientes del perjudicado, así como a las personas jurídicas que resulten afectadas y también a fundaciones o asociaciones encargadas de la protección de intereses colectivos o difusos, en los delitos que atente contra los intereses por ellas protegidos (art76).

En materia de representación resulta destacable el reconocimiento que hace el CPP de que la víctima pueda delegar el ejercicio de sus derechos a favor de personas jurídicas encargadas de la protección o ayuda de las víctimas (art81).

los que la Ley establece como requisito de procedimiento el que se haya establecido denuncia previa de la parte ofendida (art 17 y 19).

2 Desde el punto de vista de la víctima, su intervención en el proceso se materializa en las siguientes situaciones:

a) En los delitos de acción pública y en los delitos de acción pública a instancia de parte (art 16 y 17), la víctima participará como querellante ejerciendo la acción penal conjuntamente con la fiscalía (art, 78 y 79)

Desde el punto de vista procedimental la intervención del querellante puede darse en cualquier momento de la fase investigativa y hasta el trámite del artículo 340, que es el instante en que se formula la acusación ante el juez o tribunal de sentencia. Obviamente que a partir del art.121.II de la CPE, “La víctima en un proceso penal podrá intervenir de acuerdo con la ley, y tendrá derecho a ser oída antes de cada decisión judicial”; así como la modificación de la Ley procesal penal boliviana que, a través de la Ley 007, señala que la víctima puede participar en cualquier acto del proceso, aun sin haberse constituido en querellante.

b) El querellante estará legitimado para ejercer la acusación de forma independiente, o sea, sin tener que acudir conjuntamente con la Fiscalía, en los casos siguientes:

- En los delitos de acción penal privada, en los que la Fiscalía no interviene (art. 18):5. En los supuestos en que se produce lo que el C.P.P. llama conversión de acciones (art. 26) en cuyo caso la acción penal publica se convierte en acción penal privada a solicitud de la víctima. El artículo 26 fue modificado por la ley 586 que establece:

“Artículo 26. (CONVERSIÓN DE ACCIONES). A pedido de la víctima, la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de un delito que requiera instancia de parte, salvo las excepciones previstas en el Artículo 17 de este Código; 2. Cuando se trate de delitos de contenido patrimonial o de delitos culposos que no tengan por resultado la muerte, siempre que no exista un interés público gravemente comprometido; 3. Cuando se trate de delitos contra la dignidad del ser humano, siempre que no exista un interés público gravemente comprometido; 4. Cuando se haya dispuesto el rechazo previsto en el Artículo 304 o la aplicación del criterio de oportunidad previsto en el Numeral 1 del Artículo 21 de este Código, y la víctima o el querellante hayan formulado oposición; y, 5. Ante la notificación con el vencimiento del plazo para la emisión de la resolución conclusiva. En los casos previstos en los Numerales 1, 2 y 3, la conversión será autorizada por la o el Fiscal Departamental o por quien ella o él delegue, autorización que será emitida dentro de los tres (3) días de solicitada. En el caso de los Numerales 4 y 5, la conversión será autorizada por la o el Juez competente”.

SCP 0023/2018-S2 – La conversión de acciones y Ley 348

“...la conversión de acción se encuentra limitada a los supuestos previstos en el art. 26 del CPP, norma legal que en su inciso 1), si bien posibilita la conversión de acción de los delitos de acción pública que requiera instancia de parte, ilícitos penales dentro de los cuales se encontraba el de violación (art. 19 del CPP); sin embargo, conforme se desarrolló en el Fundamento Jurídico precedente, compele recordar que dicha disposición legal fue modificada por el art. 90 de la Ley 348, que determina que todos los delitos desarrollados en el citado cuerpo legal son de acción pública; razón por la que en mérito del principio de especialidad de la norma, que determina que “...ante una concurrencia aparente de disposiciones legales sobre una materia, surge el principio de especialidad de la norma, por el cual una normativa especial prevalece sobre una de carácter general por ser la más adecuada al caso...” (SCP 2569/2012 de 21 de diciembre) y debido a que el delito de violación se encuentra inmerso dentro de las conductas delictivas reguladas en la Ley 348, se debe considerar que el mismo –a partir de la promulgación de la Ley 348– se constituye en un delito de acción pública”.

En el cuarto supuesto (art. 26.4)¹³, la conversión de la acción pública en privada no depende tanto de la voluntad de la víctima como del hecho de que: 1) La Fiscalía rechace la admisión de la querrela, negándose a proceder, al considerar que no existen elementos para ejercer la acción penal (art. 304); o 2) el juez instructor, como resultado de la realización de la audiencia conclusiva, haya decidido aplicar un criterio de oportunidad en virtud del ordinal 1º del artículo 21. En ambos casos el querellante deberá ejercer por sí solo la acción penal, la que dará procedencia a la realización del Juicio Oral, en virtud de lo estipulado en el artículo 342 que dispone que dicho acto de justicia podrá abrirse tanto en los

¹³ Sobre la conversión de la acción penal pública en privada en el supuesto del ordinal 3 del artículo 26 hay varios elementos que provocan confusión interpretativa: el primero es la razón por la cual el Código faculta a que dicha conversión solo pueda producirse cuando el criterio que deba aplicarse sea en virtud de lo estipulado en el ordinal 1 del artículo 21, o sea, en los casos de hechos de escasa relevancia social, lo que excluye a los cuatro restantes ordinales del mencionado artículo 21. La otra cuestión que provoca confusión es el hecho de que para que el fiscal pueda solicitar la aplicación de cualquier criterio de oportunidad debe haberse producido la reparación del daño causado, firmando un documento con la víctima que garantice tal cuestión: en tal sentido resulta contradictorio que si la víctima ha aceptado la reparación material y consecuentemente firmado tal documento, luego se presente en la audiencia conclusiva oponiéndose a la aplicación de un criterio de oportunidad y solicitando la persecución penal. En ayuda de esta confusión pudiera argumentarse que la víctima haya aceptado la reparación material producida por el delito, pero que no desista de su derecho al ejercicio de la acción penal, teniendo en cuenta la independencia existente entre ambos tipos de acciones en el CPP.

casos en que la acusación haya sido formulada por el Fiscal, como por el querellante, indistintamente.

En el otro extremo del binomio contradictorio se encuentra la parte acusada, posición en la que pueden estar presente varios individuos, unidos al solo efecto de la persecución contra ellos interpuesta en virtud de la conexidad delictiva cuyas reglas impone la Ley Procesal, pero sobre los que no rigen las reglas del litisconsorcio típicas del proceso civil, pues las pretensiones contra ellos establecidas revisten características de individualidad que las convierten en personalísimas y que se unen al solo efecto de la conveniencia procesal, toda vez que las reglas de la identidad subjetiva que es la base del litisconsorcio no está presente en estos casos con independencia del nivel de cohesión o acuerdo que haya existido entre las voluntades de los autores del hecho delictivo al momento de su comisión.

Desde la perspectiva del acusado y formando parte esencial del principio de contradicción, se deriva lo que se conoce como derecho a la defensa, visto como un derecho clave del proceso, que irradia y se incardina con otros de los principios aquí estudiados y que se corporifica en la Ley mediante el diseño de un conjunto de garantías que en la generalidad de los casos han sido elevadas a la categoría de derechos fundamentales.

La proyección del derecho a la defensa hacia el resto de los principios lo convierte en una institución de difícil ubicación doctrinal, pues al estudiarlo formando parte del principio de contradicción, partiendo del hecho de que su origen se coloca en la premisa de que nadie puede ser sancionado sin ser vencido, vemos este vencimiento o derrota como el proceso de enfrentamiento al arsenal de armas en manos del acusado para hacer valer sus derechos; armas que en el ordenamiento procesal adquieren la categoría de garantías del acusado.

Dicho con otras palabras, cuando hablamos de derecho a la defensa nos estamos refiriendo al conjunto de facultades en manos del acusado para repeler la imputación, lo que convierte al derecho a la defensa en un tema recurrente cada vez que analicemos muchos de los principios del proceso. A continuación desarrollaremos las implicancias del Derecho a la defensa que se materializan en el proceso penal, aspectos que no deben ser olvidados en este análisis y dentro de los cuales se hallan:

- **Adquisición del estatus de parte:** comprende la obligación de informar al acusado desde el primer momento de los cargos de la imputación, salvando los inconvenientes de comunicación que puedan presentarse por razón de idioma o de discapacidad: brindándole la posibilidad de hacer las alegaciones y descargos que considere necesarios a favor de su defensa: a esta posibilidad alegatoria primaria en manos del propio imputado es a lo que se conoce como “defensa material” , para diferenciarla de la “defensa técnica”, que se reserva para denominar a la que se ejercita a través de abogado.

La garantía de información al acusado ha de ser una constante del proceso, pues el mantener secretas las alegaciones que se tengan contra el acusado es, al decir de MONTERO, uno de los supuesto más claros de vulneración del derecho de audiencia, produciéndose una clara indefensión.¹⁴

- **El acceso a la justicia:** se perfila como la posibilidad real, no formal, de garantizar que el acusado pueda ser realmente oído durante todas las fases del proceso, lo cual tiene una proyección eminentemente procesal, a través del diseño de un conjunto de posibilidades, reguladas como garantías y derechos que así lo permitan, pero tiene también una proyección social y es la relacionada con la posición económica que el individuo tenga en la sociedad, pues conocido resulta que a pesar de la existencia del derecho formal de representación procesal que la Ley consagra, el real acceso a un asesoramiento calificado y con ello a poder participar de manera adecuada en el proceso penal esta en estrecha correlación con la posición que el individuo tenga con relación a la renta.
- **El derecho a la última palabra:** la doctrina tradicionalmente ha resaltado este derecho al considerarlo como la última manifestación del principio de contradicción en la primera instancia.¹⁵ Se perfila legislativamente como el momento final que tiene el acusado para dirigirse al tribunal y puntualizar aquellos aspectos que considere pertinentes, pudiendo renunciar a este derecho si lo estima pertinente.

En la práctica forense este derecho resulta de dudosa utilidad, pues tras haber presenciado el Tribunal todo el desarrollo del juicio oral, en que el acusado tuvo la posibilidad de exponer sus puntos de vista con relación a los hechos y luego el abogado en su nombre realizó las alegaciones que estimó procedente, la o el juez o tribunal no tiene el estado de ánimo que merece este último

¹⁴ MONTERO. J; Principios...:ob. cit. p. 142.

¹⁵ Vid. GIMENO SENDRA. V; Ob. CIT. 51 BERZOSA. V. ob. cit. p.568

esfuerzo del acusado por hacer llegar su mensaje al oído de los jueces, por lo que en la práctica los letrados defensores generalmente aconsejan a sus patrocinados que “ renuncien” a este derecho, salvo que exista alguna situación excepcional que amerite lo contrario.

- **Derecho a impugnar:** este derecho, que es desarrollado con mayor profundidad cuando estudiemos los principios relativos al régimen de los recursos, se presenta aquí como la posibilidad que debe tener el acusado de poder impugnar todas aquellas decisiones que se adopten, tanto en la fase investigativa como durante el desarrollo del juicio oral; derecho que va más allá del ser oído, pues requiere la presencia de un diseño procesal que permita franquear el medio impugnativo necesario y la consecuente obligación de resolución por parte de la misma autoridad que adoptó la decisión o por un superior suyo.

En el estudio que realizaremos de los demás principios veremos cómo resurgen algunas de las cuestiones aquí tratadas y otras relacionadas o derivadas del derecho a la defensa que no incluimos aquí, pues como ya expresamos al inicio, nuestro interés en este momento es referirnos solamente a aquellas que constituyen puntos esenciales de este derecho.

El art. 5 del CPP hace referencia a la calidad y derechos del imputado, y sostiene que **“El imputado podrá ejercer todos los derechos y garantías que la Constitución, las Convenciones y los Tratados internacionales vigentes y este Código le reconozcan, desde el primer acto del proceso hasta su finalización”**, es decir, que el derecho a la defensa, material y técnica, puede ser ejercido –como establece la misma norma- **“desde el primer acto del proceso**, cualquier sindicación en sede judicial o administrativa contra una persona como presunto autor o participe de la comisión de un delito”.

En ese sentido, no obstante que el derecho a la defensa se ejerce desde el primer acto del proceso; de manera ilustrativa, se hará referencia a algunos momentos en los que durante la fase preparatoria se especifica el derecho a la defensa:

-En la primera comparecencia que realiza el acusado ante la autoridad que investiga el delito está en el derecho de ser informado pormenorizadamente de los hechos que constituyen la imputación contra el formulada, sobre la persona que realiza la acusación en su contra, sobre los cargos que se le dirigen e instruirlo del derecho que le asiste para prestar declaración en ese momento o cuando lo estime pertinente, así como la posibilidad que tiene de guardar silencio. En su declaración el acusado podrá expresar todo lo que estime conveniente en favor de su defensa, de lo cual se tomara registro documentado. Si el

acusado no conoce el idioma español o es sordomudo sin instrucción la autoridad actuante está en la obligación de proveerle de los medios necesarios para que pueda comunicarse.

SC 0061/2010-R Derecho a la información a súbditos extranjeros privados de libertad del derecho a ponerse en comunicación con una oficina consular: Garantiza el derecho a la defensa

“Conforme a las normas señaladas, del derecho comentado, nace el deber del Estado, y fundamentalmente del órgano judicial, de informar a los súbditos extranjeros privados de libertad, del derecho que tienen a ponerse en comunicación con una oficina consular o misión diplomática del Estado del que sea nacional, aclarándose que una vez hecho efectivo ese derecho a la información, dependerá de la voluntad del detenido la notificación al consulado para que, en su caso, se ejerza también del derecho a la asistencia consular”.

-Como se ha señalado, la defensa técnica está asegurada en todo el proceso, y el abogado tiene la obligación legalmente impuesta de contribuir con su actuación en favor de la situación procesal de su defendido, teniendo el derecho durante la fase investigativa a entrevistarse con su representado si se encuentra detenido, con la debida privacidad y cuantas veces lo considere oportuno, a examinar los documentos que conforman las actuaciones investigativas, a proponer pruebas, a presentar documento y a solicitar la revocación o modificación de la medida cautelar impuesta a su representado.

-Existen momentos en que determinadas actuaciones de investigación relativas a la práctica de algunas pruebas, exige la presencia del imputado y de su abogado defensor, teniendo en cuenta la trascendencia que dichas diligencias tienen para la fase del juicio oral; entre estas diligencias se encuentran la inspección en el lugar de los hechos. Otro tanto ocurre con la denominada prueba anticipada, como es el caso de la toma de declaración a los testigos cuando la persona que deba deponer manifieste la posibilidad de estar ausente del país en la fecha en que pueda celebrarse el juicio oral o cuando hubiera motivo racional para pensar en su muerte o incapacidad para esa fecha, en cuyo caso, se garantiza igualmente la presencia del acusado y su Abogado, los que podrán hacer uso de todos los medios que la Ley franquea en el interrogatorio de la persona que comparece como testigo, teniendo en cuenta que la declaración que aquí preste y que debidamente se documente, tiene plena virtualidad como prueba en el momento de la celebración del juicio oral, tal y si fuera una actuación celebrada en presencia de los jueces. De la misma manera se encuentra en los actos procesales de precintado y desprecintado de lugares como oficinas, ambientes, etc.

-A pesar de lo manifestado en el sentido de que el CPP garantiza en su articulado el derecho a la defensa, se evidencian aún insuficiencias en correspondencia con lo que constituyen

postulados básicos de esta institución y que deben ser corregidos en futuras reformas legislativas.

Las principales insuficiencias que se le pueden señalar al C.P.P. en cuanto a la garantía del derecho a la defensa son las siguientes:

-La Ley le confiere a la Fiscalía la posibilidad de mantener secreta las actuaciones investigativas, lo que imposibilita el acceso a las mismas del acusado y su abogado, así como de la proposición de pruebas, las que deben reservarse para el trámite de juicio oral. Esta situación de excepción se da, según la Ley en aquellos casos en que así lo impongan razones de seguridad estatal. Sobre este punto creemos que lo que debe ser superado es la amplitud de la facultad discrecional en manos del Fiscal, pues la excepción debe existir, toda vez que en cualquier país deben darse situaciones de determinada naturaleza constitutivas de figuras delictivas de gran envergadura (v.g. las vinculadas con el terrorismo, el narcotráfico o las que atenten contra la seguridad de la nación, entre otras), que justifiquen que se produzca un desbalance del principio contradictorio a favor de la parte acusadora en los momentos en que se realizan las acciones primarias de investigación, pero esa facultad debe estar reglada y sometida a consideración jurisdiccional, nunca en manos de quien participa directamente en el proceso investigativo con un innegable interés en la persecución.

En el caso boliviano el derecho a la defensa se asienta en la misma Constitución Política de la nación que en su artículo 119 consagra la inviolabilidad del mismo como garantía de todo ciudadano, **igualmente establece que el derecho a disponer de asistencia letrada surge desde el mismo momento de la detención.**

El C.P.P. por su parte, utiliza la definición doctrinal de defensa material y defensa técnica para identificar las dos proyecciones que puede asumir este derecho en el ordenamiento procesal.

El derecho a la defensa material (art. 8) se proyecta como la facultad que tiene el acusado, sin perjuicio de la asistencia letrada, a intervenir directamente en el proceso y en tal sentido realizar las observaciones, pedimentos y propuestas que estime conveniente; derecho que se mantiene durante todo el tiempo que dure el proceso en su contra, ya sea durante la fase investigativa, como en el desarrollo del Juicio Oral.

Con relación a la defensa material, es necesario destacar que el C.P.P. ha querido que las declaraciones que presta el imputado, tanto durante la investigación como en el acto del Juicio Oral, tengan ese carácter y no el de prueba. Este razonamiento parte de la ubicación que tiene la declaración del imputado en el C.P.P., ya que en la parte dedicada a los Medios

de Prueba, artículos 171 y siguientes, se excluye la declaración del imputado. En igual dirección se proyectan los artículos que regulan el desarrollo del Juicio Oral, pues el artículo 346 especifica que una vez concluida la declaración del acusado y la exposición de la defensa a cargo del abogado, es que se procederá a la recepción de la prueba conforme a lo previsto en el Código, por lo que queda claro que el legislador ha querido marcar la diferencia entre la declaración del imputado y las pruebas que a renglón seguido se practicarán en la vista oral.

En lo que a la defensa técnica respecta el artículo 9 del CPP. refrenda lo que la Constitución consagra como una garantía esencial de la persona, agregando un elemento de indudable relevancia y es el carácter irrenunciable de este derecho, de forma tal que el imputado podrá designar al defensor de su elección y en caso de que no lo haga le será asignado uno de oficio. En virtud de esta preceptiva, el Código cuida que ningún acusado enfrente por sí mismo la acusación, de forma tal que se garantice el principio de igualdad al disponer del asesoramiento técnico profesional.

El Código boliviano, delimita los derechos que le asisten al imputado durante la etapa investigativa, lo cual no es necesario en la fase el Juicio Oral, dada la prevalencia en esta etapa del principio de contradicción. Así vemos como en los artículos que regulan lo relacionado con el imputado (art. 83 al 110), se va haciendo mención a las garantías del acusado con relación a su derecho a la defensa (v.g. asistencia letrada desde el primer momento de la detención, así la garantía de confidencialidad de las entrevistas con su letrado (art. 84); la obligatoriedad de la presencia del abogado la diligencia de toma de declaración y los efectos de ineficacia de su incumplimiento (art. 92 y 93); el derecho a la pluralidad de defensores (Art. 102); etc.

3.1.2. Principio de Igualdad

En lo político este principio es una derivación hacia el proceso penal de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, lo que se manifiesta en casi todos los ordenamientos constitucionales como un derecho fundamental; desde el punto de vista procesal el principio de igualdad está estrechamente vinculado con el de contradicción, de forma tal que debemos ver la contradicción como la manifestación de aquel postulado básico, pues lo que condiciona que exista la bilateralidad mencionada es precisamente la previa aceptación de un presupuesto de igualdad entre los que intervienen en el debate penal.

GIMENO SENDRA considera que el derecho de las partes a no sufrir discriminación alguna en el ámbito del proceso y a tener las mismas posibilidades de alegación, prueba e impugnación, es un derecho fundamental autónomo, consagrado genéricamente en la

Constitución y más explícitamente en el derecho a un proceso con todas las garantías, o sea, a lo que se conoce como *due proces of Law* ¹⁶

No obstante lo anterior, se reconoce que durante la fase de investigación o sumarial, el principio de igualdad sufre un desbalance a favor del Estado, pues el imperio del proceder inquisitivo en esa etapa así lo condiciona; tal es así que es posible poner por ejemplo de dicho reconocimiento la letra de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en la cual se expresa sin cortapisas que la desigualdad que se observa en esta primera fase del proceso ha sido deliberadamente introducida por el legislador pues la propia comisión del delito implica que el delincuente ha tomado una ventaja que el Estado, debe recuperar durante los primeros momentos de la investigación, al solo efecto de poder recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad.¹⁷ Esta posición no está exenta de críticas y en la segunda mitad del Siglo XX, después de concluida la Segunda Guerra Mundial, las legislaciones han ido eliminando progresivamente los beneficios que se conceden a favor del Estado en la fase sumarial, tratando de garantizar que prevalezca cada vez más la igualdad de las partes durante la primera parte del proceso penal, facilitando, entre otras cosas una presencia cada vez más temprana del abogado en el desarrollo de las investigaciones y concediendo la mayor publicidad en las actuaciones.

En el aspecto estrictamente procesal es necesario tener en cuenta que la vulneración de la pretendida igualdad hay que verla relacionada con las violaciones que se puedan producir de los preceptos legales que la garantizan y como en tal sentido el criterio prevaleciente es que deben existir los medio de impugnación necesarios para garantizar que cuando se produzcan violaciones se logre restablecer el orden y subsanar lo ocurrido.

Es un criterio prevaleciente en la jurisprudencia, el cual compartimos, el estimar que no toda violación procesal debe dar pie ineludiblemente a que se anule o corrija el error cometido, lo que convertiría al proceso en un ir y venir interminable; es esa la razón por la cual es necesario tener en cuenta que sólo es posible hablar de que se ha producido indefensión para el acusado cuando la violación de la norma procedimental trasciende a los derechos fundamentales del enjuiciado, de forma tal que si no se corrige lo actuado se colocaría al acusado en una situación desventajosa en el proceso,¹⁸ aspecto sobre el cual volveremos cuando analicemos los principios relativos al régimen de los recursos.

¹⁶ GIMENO menciona que este principio es conocido también, siguiendo la nomenclatura alemana, como "igualdad de armas". GIMENO SENDRA, V; ob cit. P. 53. El término es utilizado igualmente por GOMEZ ORBANEJ. GOMEZ ORGANEJA, E, ET AL; OP CIT; P. 67.

¹⁷ La Exposición de Motivos: Para establecer, pues, la igualdad en las condiciones de lucha ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor. Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tecnos. Madrid. 1994. P. 38.

¹⁸ MONTERO es del criterio contrario pues afirma que no es posible establecer grados en la Indefensión, ni una indefensión que pueda considerarse material y otra formal, de forma tal que los jueces están en la obligación de acoger los recursos en que se evidencia la violación de las normas procesales, con independencia de que se evidencie o no indefensión. MONTERO AROCA. J Principios del proceso...; ob. cit. P. 142.

El último aspecto a que queremos hacer mención aquí es algo que ya tratamos cuando estudiamos el principio de contradicción y es que no es posible hablar de igualdad ante la ley cuando las personas no son iguales en la vida; la existencia de marcadas desigualdades económicas, sociales, entre otras, así como la existencia de discriminación estructural hacia determinados grupos o colectivos, determina que la igualdad, conforme se ha visto en la Unidad Didáctica Igualdad y no discriminación, no sea entendida desde una perspectiva formal, sino también material, otorgando a las personas que han estado históricamente subordinadas las condiciones –acciones afirmativas o medidas positivas - para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, acciones que también se manifiestan dentro del proceso penal; así, por ejemplo, tratándose de miembros de pueblos indígenas –conforme se ha visto en el Módulo Pluralismo Jurídico- es imprescindible contar con peritos en temas indígenas (art. 391 del CPP), o tratándose de mujeres en situación de violencia o discriminación, corresponderá considerar el contexto de subordinación, de violencia, violencia, de discriminación, a efecto de aplicar los estándares internacionales sobre el particular, es decir, analizar el caso a partir de la perspectiva de género, conforme se ha estudiado en el Módulo de Derechos Humanos.

3.2. Principios relativos al objeto del proceso

En este bloque de principios relativos a la delimitación procesal de lo que será el cardumen del debate penal, se presentan cuatro principios que están estrechamente relacionados y que se conciben como pares excluyentes o por lo menos enfrentados; de una parte está el binomio legalidad-oportunidad y de la otra el inquisitivo-acusatorio.

3.2.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad se basa esencialmente en la obligación que le viene impuesta al Estado de perseguir toda aquella conducta que revista características de delito según los elementos de tipicidad contenidos en la legislación penal vigente, de forma tal que no es dable dejar a la voluntad de ninguna institución o individuo los criterios de persecución, sino que ésta debe operar con carácter automático. Mientras exista la norma penal que considere como delito una determinada acción u omisión, el órgano represivo está en la obligación de perseguirlo; obligación que se extiende hasta el final del proceso, pues una vez iniciada la investigación y conocimiento de un hecho presumiblemente delictivo, ninguna autoridad está facultada para realizar discrecionalmente el cauce procesal del asunto.

El principio de legalidad está estrechamente ligado con el de igualdad, pues bajo la vigencia del segundo resulta imposible entrar en discriminación hacia los individuos, de forma tal que las conductas de uno sean perseguidas y las de otros no.

Para calibrar la trascendencia de este principio hay que tener en cuenta lo planteado por MONTERO¹⁹ y a lo que ya hicimos mención anteriormente, en el sentido de que en el derecho penal no existe una relación jurídica material y que por ello no se puede hablar de derechos subjetivos penales en manos de alguien en específico.

En correspondencia con lo anterior el Ministerio Fiscal que se presenta generalmente como el único con posibilidades de ejercer la acción penal, no puede hacer uso de ese derecho de manera discrecional, pues estaría incorporando desbalances sociales ante la imposibilidad del perjudicado de asumir la persecución penal. Esto introduce un razonamiento adicional y es la conveniencia, cada vez más en evidencia, de permitir la presencia en el proceso penal de las víctimas de la acción delictiva, legitimándolas para poder instar la incoación del proceso, sin que ello implique necesariamente separarse del principio de legalidad como factor dominante de la actuación del Ministerio Público, sino precisamente como un refuerzo al mismo.

En el caso del C.P.P. se perfila como principio general el de Legalidad, identificado en el artículo 21 bajo la denominación de Obligatoriedad; en este artículo se dispone que la Fiscalía tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos que sea procedente.

Cuando en el acápite subsiguiente comentemos el principio de oportunidad valoraremos la relación que en el CPP. se presenta en cuanto a la combinación de dicho principio con el de legalidad.

3.2.2. Principio de oportunidad, o criterio de oportunidad reglada.

La oportunidad se presenta como antítesis del principio antes estudiado, de forma tal que en un ordenamiento que esté informado por el principio de oportunidad la autoridad estatal a cargo de la persecución penal tiene facultades para disponer o no el inicio de investigaciones ante el conocimiento de un hecho que esté tipificado en la Ley Penal como delito, pudiendo igualmente decidir sobre el destino de las investigaciones que se encuentre en curso; en correspondencia con la amplitud de sus facultades discrecionales es que puede hablarse de oportunidad en sentido estricto o de oportunidad reglada.

¹⁹ MONTERO AROCA, J; Principios del proceso...; ob. cit. P.99.

Se ha tratado de ver los orígenes de la oportunidad en el espíritu practicista que impera en el proceso de corte anglosajón en el cual se reconoce la posibilidad de que ante la aceptación por parte del acusado de los cargos, que se le formulan, pueda entrar en una negociación con el Fiscal, sujeta a aprobación de la corte lo que se conoce como plea bargaining o plea agreement plea.²⁰

Es necesario distinguir que existen dos modalidades de aplicación del principio de oportunidad; la primera es cuando la renuncia a la persecución penal puede conllevar tanto la aplicación de una medida pecuniaria administrativa, como de una advertencia al comisor de la actividad delictiva y tal decisión está condicionada esencialmente vinculada al modelo anglosajón de la plea bargaining, condiciona la decisión a la existencia de una aceptación del delincuente con relación al delito y su disposición a negociar con la autoridad la pena a imponer, surgiendo las figuras de la conformidad y la negociación.

En Europa, donde esta concepción ha ido calando progresivamente en las legislaciones de los distintos países, encaminada fundamentalmente a enfrentar a la pequeña y mediana criminalidad que se considera causa esencial del colapso de la Administración de Justicia y en aras de agilizar y simplificar el proceso penal, se mantiene una viva polémica sobre su conveniencia.²¹ Los puntos esenciales de dicha polémica son los siguientes:

A. Los defensores del principio de legalidad plantean que la aceptación de la oportunidad implicaría estar ante un proceso penal en el que lo más sobresaliente sería que los titulares de la actuación del Derecho penal en el caso concreto habrían dejado de ser los órganos jurisdiccionales, o sea, los jueces y magistrados, para atribuirse al Ministerio Público, con menoscabo de las facultades que tiene atribuido el Poder Judicial, lo que implica un retroceso de algunas de las conquistas de la civilización ya que implica coartar las prerrogativas de un órgano colegiado y con potestad jurisdiccional a favor de otro personalizado y subordinado al ejecutivo.

Se plantea que al perfilarse la oportunidad no como un desplazamiento de las facultades desde el Ministerio Público hacia los ciudadanos perjudicados, sino como el hecho de que quien tiene el monopolio de la acción penal renuncia a su derecho-deber de perseguir una conducta delictiva, condicionado por razones pragmáticas de utilidad y conveniencia social, se está dejando un margen de desprotección a los derechos lesionados por actividad delictiva, así como de los terceros que se resisten a la confesión y que por ello enfrentan las consecuencias del proceso penal.

²⁰ *El plea bargaining se define como the process whereby the accused and the prosecutor in a criminal case work out a mutually satisfactory.*

²¹ BERGOZA. V; op cit p. 588

Otra de las críticas está referida a que los esfuerzos de los legisladores por tipificar conductas y fijar penas pueden quedar privados de sentido y en virtud de una norma no penal, en este caso procesal, por la que se autorice al Ministerio Público a disponer de la aplicación de ese Derecho penal en los casos concretos. Si la norma que establezca el principio de oportunidad es procesal, como generalmente ocurre, se llegaría al contrasentido de que todo el Código Penal quedaría sujeto en su aplicación a una norma procesal penal, a una única norma que fraque el actuar discrecional de la Fiscalía, con la cual podría decirse que quedan vacías de contenido todas las normas materiales penales. Desde esta perspectiva el principio de oportunidad significaría el reconocimiento de la incapacidad del legislado penal para llegar a perfeccionar el Derecho Penal, de modo que éste pueda prever todo el complejo de circunstancias que pueden influir en la tipificación de las conductas y en la determinación de las penas; estas son, en apretada compilación, los criterios de los opositores al principio de oportunidad.²²

- B. Otro sector de la doctrina se proyecta positivamente sobre la aplicación del principio de oportunidad, el que matizan a través de lo que denominan como oportunidad reglada y que no es otra cosa que el establecimiento en la propia Ley de las condiciones que deben darse para que la autoridad pueda hacer uso de esta facultad discrecional.²³ El fundamento de esta posición doctrinal se halla en razones de utilidad pública e interés social.

La aceptación de esta fórmula procesal se basa, según el criterio de sus propugnadores, en la siguiente causa:

- a. La escasa lesión social producida mediante la comisión del delito y la falta de interés en la persecución penal.
- b. El estímulo a la pronta reparación de la víctima que es uno de los objetivos de los sistemas de transacción penal.
- c. Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.
- d. Conseguir la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación.
- e. Obtener la reinserción social de miembros de bandas terroristas y el logro de información sobre la actividad de dichos grupos²⁴.

²² MONTERO AROCA J: Principios del proceso...: op cit. Pp. 71-79.

²³ MANZANARES AMANIEGO, menciona la opinión de RUIZ VADILLO en el sentido de considerar que cuando se habla de oportunidad reglada y con ello se condiciona la toma de la decisión a la existencia de determinadas reglas o pautas de comportamiento, no es posible hablar de oportunidad en sentido estricto, pues al estar reglada la oportunidad se convierte en legalidad. Este criterio no es totalmente exacto pues si bien se sujeta la decisión a normas positivas, el efecto que produce es el de sustraer al Tribunal del conocimiento de un asunto, dejando en la antesala del proceso, en manos del Ministerio Fiscal, la toma de una decisión que es eminentemente jurisdiccional. MANZANARES SAMANIEGO. J. L.: *Oportunidad y Conformidad*. Obra contenida en el CD-ROM *Cuadernos de Derecho Judicial*, editado por el Consejo General del Poder Judicial, 1992-1996. En este Trabajo de MANZANARES se hace un repaso de las posiciones más recientes de la doctrina española con relación al principio de oportunidad.

²⁴ BERGOZA. V; ob. cit. P. 591

Cerrando la exposición sobre estos dos principios es conveniente llamar la atención en el sentido de que la aplicación a ultranza de principio de legalidad lleva en ocasiones a verdaderos absurdos, fundamentalmente cuando nos enfrentamos a conductas que siendo típicas penalmente carecen de envergadura social, por la escasa entidad del daño causado y por las condiciones de su comisor, muchas veces jóvenes de muy poca edad, que se ven sujetos a un proceso y conminados por una pena que rebasa la finalidad correctiva que debe inspirar al Derecho penal. Por otra parte, la disponibilidad del proceso en manos del ministerio público, con facultades para decidir que conductas persigue y cuáles no, puede implicar un serio peligro para el cumplimiento del principio de igualdad.

Las posiciones de unos y otros sobre este particular revisten elementos de racionalidad, lo que hace pensar en la conveniencia de un acercamiento y conciliación de lo mejor de ambas posturas; en lo personal me manifiesto propenso a la aplicación mensurada del principio de oportunidad, pero en su variante reglada, o sea estableciendo un catálogo detallado de condiciones que deben ser cumplidas para que sea posible apartarse del cumplimiento estricto del principio de legalidad.

Entre las condiciones que entendemos deben ser cumplidas para que pueda aplicarse esta variante deben estar, en otras, las siguientes:

- a. Que exista conformidad por parte del inculpado.
- b. Que la solución provea una adecuada satisfacción a la víctima o víctimas del delito.
- c. Que la decisión adoptada esté sujeta siempre a la ratificación u homologación del órgano jurisdiccional.

Como ya expresamos anteriormente, en CPP. se afilia a la posición de aceptar la aplicación del principio de oportunidad, asimilando la variante de la denominada oportunidad reglada. De tal forma que el Art. 21 donde se consagra el principio de legalidad, se dispone la que con carácter excepcional se podrá prescindir de la persecución penal y establece los cinco supuestos que deben darse para que la Fiscalía pueda solicitar al juez instructor tal beneficio a favor del imputado.

Los requisitos que exige el CPP. Son los siguientes:

1. Cuando se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegido;
2. Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena a imponerse;
3. Cuando la pena que se espera por el delito de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta por otro delito;

4. Cuando sea previsible el perdón judicial; y
5. Cuando la pena que se espera carezca de importancia en comparación a los otros delitos, o a la que se le impondrá en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada.

El comentado artículo establece igualmente que en el caso de los ordinales 1,2 y 4, para que la Fiscalía pueda hacer su procedimiento debe contar con el acuerdo de la víctima de la que debe haber sido reparada en cuanto al daño material ocasionado por el actuar delictivo.

No cabe duda que aun en el caso del comentado artículo, en que se establecen reglas que deben cumplirse para que la Fiscalía puede hacer el pedimento de aplicación de un criterio de oportunidad, lo que hace que el modelo se afilie a la oportunidad reglada, es necesario destacar que siempre estará presente un margen de discrecionalidad en manos del Ministerio Público, para calificar el hecho en concreto y decidir si merece el beneficio apuntado, pues ante casos similares es la valoración que hace el órgano quien determina la procedencia o no del pedido en cuestión.

Desde el punto de vista procedimental el CPP, establece los momentos en los cuales es posible aplicar un criterio de oportunidad. Estos momentos son los siguientes:

1. Una vez concluida la fase preliminar en el plazo de 20 días dispuesto por la Ley 586, el art. 301 del CPP, modificado por dicha Ley, establece que una vez recibidas las actuaciones, la o el fiscal podrá, “Solicitar a la o el Juez de Instrucción, la suspensión condicional del proceso, la aplicación de un criterio de oportunidad, la sustanciación del procedimiento abreviado o la conciliación”.
2. Una vez concluida la investigación, el fiscal podrá requerir ante el juez de instrucción, la suspensión condicional del proceso, la aplicación del procedimiento abreviado o de un criterio de oportunidad o que se promueva la conciliación (art. 323.2 del CPP).
3. De acuerdo al art.326 del CPP, modificado por la Ley 586, el imputado puede acogerse al procedimiento abreviado, criterio de oportunidad, suspensión condicional del proceso o conciliación, siempre que no se prohíba expresamente por Ley, aun cuando la causa se encuentre con acusación o en audiencia de juicio oral, hasta antes de dictada la sentencia.

3.2.3. Principio inquisitivo

Los principios inquisitivo y acusatorio definen lo que se conoce en la teoría del proceso como la forma de enjuiciar: en tal sentido la presencia en un ordenamiento de signos de uno u otro es lo que define el tipo de sistema seleccionado para aplicación del Derecho penal. No

es común actualmente el principio inquisitivo se estudie de forma Independiente por parte de los autores, dado el hecho de que este principio en este momento opera solo de forma limitada en determinadas fases del proceso, teniendo un significado más histórico que otra cosa.

Originalmente los sistemas de enjuiciar estaban informados por el principio acusatorio: el surgimiento inquisitivo se ubica en el siglo IX a partir del procedimiento per inquisitionem, aprobado y confirmado bajo Inocencio III, en el cuarto Concilio lateranense. Se atribuye a la iglesia la responsabilidad de haber sido quien, tomando de las instituciones laicas los elementos que caracterizan al proceso inquisitorial, lo perfeccionó y convirtió en un sistema propio que se identifica históricamente.

La *inquisitio* permitía al juez, sin necesidad de acusador, abrir el procedimiento contra la persona “difamada”, convocar y oír a los testigos y dictar una condena. Ante la presencia de una infamatio el juez procedía a realizar una instrucción, pesquisa secreta, a la se denominaba *inquisitio fama*. Al enjuiciado se le comunicaban los cargos, así como los nombres de los testigos y el contenido de sus declaraciones, contra las cuales podía prestar todas las excepciones y declaraciones que resultaran necesarias.

En un momento posterior, el enjuiciamiento se fue haciendo más riguroso, con mayor presencia de la escritura y la secretividad, imponiéndose al acusado la obligación de decir la verdad bajo juramento, lo que obligaba a autoincriminarse ante las acusaciones contra él formuladas.

Con la propagación de la ciencia jurídica italiana al proceso inquisitivo se convirtió, hacia comienzos del siglo XIV, en la forma normal de proceder de los tribunales seculares de Italia y de ahí lo reciben los demás países europeos. En un momento histórico desaparece la necesidad del juramento y en su lugar se utiliza el tormento para forzar una confesión, matizado por su sistema de prueba legal mediante el cual señala el grado que requiere la condena, qué indicios bastan para la aplicación del tormento, etc²⁵.

El magistrado MARTINEZ ARRIETA, siguiendo a VAZQUEZ SOTELO, identifica como principales elementos identificativos del principio inquisitivo los siguientes:

- El poder del juez para proceder de oficio, sin esperar la reclamación de alguien como acusador;
- La figura del acusador pasa a un segundo plano, y se admite su colaboración con el juez;

²⁵ Cfr. Para una información sobre la evolución histórica de los principios inquisitivo y acusatorio puede consultarse la obra de GOMEZ ORBANEJA L EL et al. *Op.cit.p.117-119*.

- La justicia se tecnifica, porque para que el juez pueda proceder de oficio es preciso que esté establecido de antemano y disponga de los correspondientes medios y preparación, apareciendo el Juez profesional o de carrera, frente al elegido popular;
- Se tecnifica la justicia, en cuanto que la investigación, conducida en riguroso secreto por el juez, no atiende debidamente las garantías del imputado, elevándose el escribiente al rango de secretario;
- Los principios de escritura y secreto dominan el procedimiento;
- Las pruebas son adecuadamente documentadas en la causa y su valoración está de antemano fijada por el legislador, con carácter vinculante para el juez, mediante las reglas de prueba legal o tasada;
- El reo suele estar preso mientras el juicio se prepara y para obtener su confesión puede utilizarse el tormento;
- En materia de recursos rige la doble instancia de juzgamiento.²⁶

Considerando esas características, MONTERO²⁷ es del criterio de que no es posible hablar de la existencia de un proceso inquisitivo, pues la noción del proceso concibe en sí misma la existencia de partes enfrentadas en condiciones de igualdad, mientras que bajo el imperio del inquisitivo no existe tal posibilidad, pues hay sólo una parte con posibilidades omnímodas y que juega un papel activo y un polo receptivo de sus actuaciones, sin posibilidades de contrarrespuesta.

3.2.4. Principio acusatorio

Como expresamos anteriormente, la forma acusatoria de enjuiciar ²⁸ es la primera que surge en el tiempo. El castigo era originalmente un derecho del ofendido o de su grupo, por lo que la sociedad logra una primera victoria cuando, reprimiendo el instinto de venganza de los particulares, obliga al que ha sufrido la injuria a guardar ciertas formas y plazos en el ejercicio de su derecho. Así nace el proceso, como un combate simulado de lo que ha sido

²⁶ MARTINEZ ARRIERA. A: *Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica*. Trabajo contenido en el CD-ROM Cuadernos de Derecho Judicial. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. España. 1992-1996, s/p. Vid. Los elementos que identifican al principio inquisitivo son mencionados con características muy similares por: GOMEZ ORBANAJE, E, ob. cit. pp. 118-119; MONTERO AROCA. J: *Principios del proceso...*ob. Cit. Pp. 26-27; BERGOZA. V; ob. cit. 582.

²⁷ MONTERO. J; ob. Cit. 582.

²⁸ Sobre la evolución histórica de los sistemas de enjuiciar vid. MANDUCA. F. *El procedimiento penal y su desarrollo histórico* Ed. La España Moderna Madrid .s/f pp.21-28 MAIER J: *Derecho Procesal Penal tomo 1*. Editores del Puerto, Buenos Aires. 2da edición. 1996. pp. 442-454. GOMEZ GOLOMER. J.L.: *El proceso Penal español*. Tirant to Blanch, Valencia, 1997 pp. 49-55. MONTERO AROCA J: et al: *Derecho Jurisdiccional*. Tomo III Proceso Penal. 3ra edición. Tirant To Blanch, Valencia. 1993. pp.35-41.

antes un combate efectivo, con presencia de partes, de un tribunal popular encargado de aplicar el Derecho y con un castigo público.²⁹

Tras ceder el paso al principio inquisitivo, en la época histórica que relatamos en el apartado anterior, el sistema acusatorio comienza su recuperación en los sistemas europeos bajo el influjo de las ideas de la Ilustración y las revoluciones burguesas, encontrando pleno respaldo legislativo en el proceso codificado que invadió a Europa a finales del siglo XIX y con ello a gran parte de América.³⁰

El principio acusatorio es aquel que nos determina la forma mediante la cual se realizará el proceso y el papel que jugarán en el mismo, los diferentes sujetos intervinientes.³¹ Formando parte de este mismo principio se encuentran otros que posteriormente estudiaremos dentro de los relativos al procedimiento, los que en ocasiones se ven como derivados de éste o interdependientes, como son los principios de oralidad, intermediación y publicidad, entre otros; peor ello, se puede señalar que el principio acusatorio es un mega principio.

Siguiendo la misma fuente utilizada al identificar los elementos esenciales del inquisitivo, se mencionan aquí las características de mayor relevancia del principio acusatorio, visto en su concepción originaria.

- La existencia de un acusador que reclama el juicio ante un juez imparcial, totalmente ajeno a los hechos;
- La existencia de un acusado frente al que el juicio se pide. Podrán ser uno o varios, pero, identificados y determinados como destinatarios o sujetos pasivos de la acusación y del juicio.
- El Juez o Tribunal encargado del juicio y de dictar sentencia, que no tiene intervención previa en la instrucción o preparación de la causa y ni siquiera se ha pronunciado sobre la procedencia de conceder el juicio, a fin de que quien juzga se mantenga con absoluta imparcialidad.
- Que el Tribunal no extiende el juicio más allá del hecho justiciable o hechos con él conexos, para evitar que respecto a los no comprendidos en la acusación se venga a proceder de oficio, con vulneración de lo que es la piedra angular de todo el sistema.
- Que el Tribunal al dictar sentencia no esté limitado por las peticiones concretas o pretensiones punitivas de las acusaciones, pudiendo, por el contrario, sacar todas las

²⁹ GOMEZ ORBANEJA, IE. Et al; p.116

³⁰ La independencia temprana de casi toda la América Latina en la primera mitad del siglo XIX provocó que fueran precisamente Cuba y Puerto Rico últimas colonias españolas, las únicas destinatarias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con ello de la vigencia absoluta de todos los elementos que identifican al sistema acusatorio de juzgamiento, al ser dicha Ley, a criterio de la mayoría de los autores, uno de los textos procesales más avanzados de su tiempo.

³¹ Sobre una crítica al uso del término principio acusatorio para identificar a esta forma de enjuiciar y el desarrollo del término forma contradictoria de enjuiciar; puede verse DE LA OLIVA SANTOS. A: et. Al.: Derecho Procesal Penal. ED. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1993.pp.37-41

consecuencias punitivas que corresponden a los hechos justiciables previstos en las Leyes penales. La prohibición de sentenciar ultra petita en el proceso penal sólo se refiere a conocer o decidir más allá del hecho o hechos contenidos en la acusación, pudiendo el Tribunal sacar todas las consecuencias que correspondan a su punición.³²

En la actualidad la gran mayoría de la Leyes procesales tienen incorporado un sistema de enjuiciar que se denomina como sistema mixto o acusatorio formal y que en esencia presenta al proceso como un todo único pero separado en dos momentos; un primer momento dedicado al acopio del materia fáctico que servirá para fijar los límites del debate, el que está en manos de una autoridad pública, que puede formar parte del órgano jurisdiccional o puede ser una entidad subordinada a la rama ejecutiva del Estado. En esta primera etapa no priman las reglas del acusatorio, sino de una especie de inquisitivo reformado, toda vez que si bien no se dan los postulados clásicos del inquisitivo, no prevalece la contradicción pura que se caracteriza al proceso acusatorio. A esta fase se le denomina de diferentes maneras: fase sumarial, fase preparatoria, procedimiento preliminar, etc.

La segunda etapa o segundo momento, conocida por casi todo el mundo como etapa del juicio oral, está regida por los postulados clásicos del principio acusatorio, presentándose una absoluta contradicción entre partes, bajo la conducción imparcial del juzgador quien presencia el debate bajo el imperio de la oralidad, publicidad e inmediatez.

La distinción entre el principio inquisitivo y el acusatorio no pasa en estos momentos de ser una referencia histórica que posibilita entender los orígenes de la forma en que se enjuicia en la actualidad; lo que modernamente se discute, en el marco del principio acusatorio, es lo relativo al papel que los distintos sujetos juegan en la fijación del objeto del debate, pues el mencionado imperio absoluto del acusatorio hace que en ocasiones determinados aspectos puedan verse como reminiscencias del principio inquisitivo y de ahí su fuente de debate.

La doctrina ³³ coincide en marcar los puntos actuales del debate en los siguientes particulares:

- a).- Delimitación de los órganos que realizarán la investigación y el juicio oral.
- b).- Imposibilidad de que exista juicio oral sin acusación.
- c).- Correlación entre acusación y sentencia.
- d).- Prohibición de la “reformatio in peius”.

³² MARTINEZ ARRIETA. A; op. Cit. s/p.

³³ Vid. GIMENO SENDRA. V; op cit. Pp. 60-63. BERZOSA. V; OP CIT. PP 583-587.

A. Delimitación de los Órganos que realizarán la Investigación y el Juicio Oral.

Bajo el imperio del principio acusatorio, la generalidad de la doctrina acepta que deben estar separadas las funciones de investigación y juzgamiento; la problemática se presenta al momento de definir el tipo de persona a la cual se le encomendará la función de investigar. En este sentido se perfilan dos posiciones esenciales: los que encomiendan esta responsabilidad a un Juez Instructor, perteneciente al aparato jurisdiccional y los que se le encomiendan al Ministerio Fiscal o a órganos de la Policía bajo la supervisión y el control del Fiscal.

La definición de la variante correcta está muy lejos de ser un tema pacífico en la doctrina. La figura del Juez Instructor es defendida por muchos partiendo del criterio de que es la única manera de garantizar que durante la fase investigativa pueda existir imparcialidad, por tratarse el Juez Instructor de un elemento del Poder Judicial, mientras que el Ministerio Público, aún vinculado por el principio de legalidad, forma parte o está subordinado a Poder Ejecutivo del Estado.³⁴ Se plantea que mediante el Juez Instructor se logra igualmente que en esta primera fase las partes estén en condiciones de igualdad, lo cual no se lograría si el Ministerio Público asume la función de investigar, teniendo tras de sí todo el arsenal de recursos materiales que le puede brindar su posición dentro del aparato del Estado.

Otro elemento en contra de que sea el Ministerio Público, quien asuma la investigación se basa en el respeto que debe darse durante el proceso a los derechos de los acusados en lo relativo a su detención, registro del domicilio y la práctica de determinadas pruebas que implican una penetración en la intimidad; actividades cuya decisión y ejecución, en manos de una Fiscalía comprometida con las pesquisas incriminatorias, puede vulnerar derechos fundamentales de los imputados.

Los que se oponen al mantenimiento del Juez Instructor, plantean que la problemática se presenta también por el compromiso que puede tener el órgano decisor del fallo con la tendencia que se le dio en su momento a la investigación, teniendo en cuenta que se trata de un órgano perteneciente a su propio sistema, lo que vulnera uno de los elementos esenciales del principio acusatorio que es la total desvinculación del juzgador con lo que fue el proceso investigativo. Esto no ocurre con el Ministerio Público como investigador, ya que por ser una entidad totalmente ajena, se cumple con mejor propensión el principio que postula que el material acopiado durante la investigación no constituye el que determina el objeto de la sentencia sino solamente el que condiciona el objeto de la acusación, pues el fundamento de la sentencia sólo puede surgir del juicio oral, en el cual el sumario es sólo un referente.

³⁴ MONTERO AROCA J; Principios del proceso...: ob. cit. Pp. 63-64

Existen variantes intermedias que ubican a la investigación en manos de la Fiscalía o de una unidad especializada de la Policía, pero deja sujeto a decisión del órgano jurisdiccional la toma de todas aquellas determinaciones que estén relacionadas con los derechos fundamentales de los acusados.

El corolario a este debate lo pone MONTERO, quien a pesar de manifestarse contrario a sustraer de manos del Juez Instructor la investigación, concluye: “Una cosa es siempre lo teóricamente mejor y otra lo prácticamente posible. La discusión sobre si debe confiarse o no al Ministerio Público la actividad preparatoria no debe suscitarse en puros términos teóricos, sino que debe plantearse en un momento determinado y con relación a un país concreto. Sólo así adquiere sentido útil el debate. Por ello siempre que se inicie una discusión en torno a quién debe ser competente para la fase preliminar del proceso penal, debe quedar claro, desde el principio, si se está debatiendo sólo teóricamente o con referencia a un país y en un momento histórico determinado.”³⁵

El CPP boliviano resuelve la disyuntiva analizada al encomendarle la investigación de los delitos al Ministerio Público, cuyas funciones en ese sentido están recogidas en el artículo 69 de dicho cuerpo penal, donde se establece que compartirá la tarea de investigación con la policía nacional y con el Instituto de Investigaciones Forenses.

El CPP encarga al Juez Instructor la función de controlar la investigación (art. 54.1), de tal suerte que tendrá un papel decisivo en todas aquellas diligencias que pretenda realizar la Fiscalía que puedan implicar un compromiso a los derechos y garantías que garantiza la Constitución Política y el CPP, como pueden ser el allanamiento de domicilio (art. 180) o la detención del imputado (art. 181), entre otras.

La solución que da el CPP deja resuelto el dilema analizado al encomendar la investigación a un órgano no jurisdiccional y al mismo tiempo garantiza que durante este proceso no se produzcan violaciones de los derechos y garantías individuales, al poner en manos de un miembro de la judicatura la misión de velar por estos intereses.

B. Imposibilidad de que exista Juicio Oral sin acusación

Se parte del presupuesto comúnmente aceptado de que no le es dable al órgano jurisdiccional, que tiene la obligación de fallar, asumir al mismo tiempo la misión de ostentar la acusación, pues bajo el imperio del principio acusatorio ambas responsabilidades deben estar bien individualizadas. No es posible por tanto que el órgano jurisdiccional pueda proceder al conocimiento y resolución de un hecho si no está

³⁵ MONTERO AROCA, J: Principios del proceso...:op cit: p.66

precedido del ejercicio de la acción penal por parte del organismo que ostenta la responsabilidad de su desempeño; premisa que está representada en el aforismo “*memo index sine actore*”.

En ese sentido, el Código de procedimiento penal, en el art. 342 del CPP (Base del Juicio), establece que el juicio se podrá abrir sobre la base de la acusación del fiscal o la del querellante, indistintamente; norma que en su última parte señala que “la acusación podrá retirarse en cualquier momento del juicio, hasta antes de la deliberación del tribunal”. Por su parte, el art. 363 del CPP determina que se dictará sentencia absolutoria, entre otros supuestos, cuando, “1. No se haya probado la acusación o ésta haya sido retirada del juicio”

Consiguientemente, el Código de procedimiento penal no concibe la posibilidad que pueda existir algún tipo de juzgamiento sin la acusación ya sea a cargo del Ministerio Público o del querellante.

C. Correlación entre acusación y sentencia

De los cuatro aspectos que estamos estudiando dentro del principio acusatorio, este punto, es el que reviste mayor complejidad de análisis pues está referido a la posibilidad de movimiento que puede tener el órgano jurisdiccional con relación al contenido de los hechos y calificación que ha sido servida por el órgano que presenta la acusación, que es lo que se conoce como correlación objetiva entre la acusación y la parte penal dispositiva de la sentencia.³⁶

Como veremos a continuación, la dificultad de este asunto estriba en que en la aceptación o no de que el Tribunal pueda apartarse de lo que ha sido originalmente presentado como base de la acusación, entran a jugar principios como el de legalidad o aspectos relativos a la configuración del derecho de defensa.

Este tema está matizado por la existencia de diferentes posiciones doctrinales que no resultan coincidentes.

A. La primera de las posturas que podemos identificar es la de los que defienden que la congruencia entre acusación y sentencia es la que necesariamente debe darse en lo que constituyen los aspectos objetivos del debate, que no son otros que los hechos que han sido la base de la acusación, no así los aspectos relacionados con la calificación, en los que impera el principio del *iura novit curia*, que hace que el Tribunal no deba hacer

³⁶ GIMENO SENDRA. V; et a; op cit. P.61. BERGOZA llama correlación objetiva sólo a la que tiene que ver con los hechos y denomina como correlación cuantitativa a la que se refiere al objeto de la calificación, las circunstancias concurrentes y el fallo,

depender su criterio necesariamente del delito calificado por la Fiscalía, sino que está sujeto al apego a la norma según su propio criterio de calificación.

La posición de MONTERO con relación a este particular es contundente, distinguiendo al proceso penal del civil, para afirmar que la vigencia del principio del iura novit curia está acrecentando en el proceso penal, de tal suerte que teóricamente se podrá dar el caso de que se imputara un hecho sin necesidad de que se planteara la calificación jurídica del mismo, pues el hecho es el que constituye el verdadero fundamento objetivo de la imputación.

Para afianzar su punto de vista MONTERO coloca el ejemplo de que en la vida real un mismo hecho puede derivar distintas interpretaciones jurídicas y lo que posibilita que una vez juzgado y obtenida una sentencia se dé el efecto de la cosa Juzgada, es precisamente la identidad en cuanto al hecho y no su calificación; si aceptáramos lo contrario nos encontraríamos ante la situación de que una vez juzgado un caso y lograda una sentencia absolutoria, si lo anterior no fuera definitivo se podría volver nuevamente a ejercitar la acusación, planteando que no existe identidad en cuanto a la calificación del hecho controvertido.³⁷

Resulta ilustrativa de esta posición la consideración de VAZQUEZ SOTELO cuando expone que: “el principio acusatorio comporta la doble exigencia de la identidad del hecho ajusticiable y de la persona acusada, a cuyas exigencias deben sumarse las que se derivan del principio de audiencia y contradicción. Cumplidas tales exigencias, el Tribunal debe poder extraer todas las consecuencias que legalmente procedan en el orden punitivo, ya que lo contrario sería privatizar el proceso penal haciendo que el Tribunal abdique sus poderes jurisdiccionales, por negligencia o error de las partes acusadoras”.³⁸

- B. La otra posición es partidaria de la existencia de una absoluta congruencia entre el contenido de la pretensión punitiva y la sentencia; considerando como objeto no sólo a los hechos sino al universo de cuestiones que resultan inmutables y que abarca a la clasificación y la pena. En esta dirección es ilustrativo mostrar el criterio del Tribunal Supremo español, quien enarbola la posición contraria a lo que parte de la doctrina considera y que fue expuesto en los párrafos anteriores. Según el criterio del Supremo español:

³⁷ MONTERO AROCA, J, Principios del proceso...: ob. cit. Pp.120 y 128.

³⁸ VAZQUEZ SOTELO, citado por MARTINEZ ARRIETA en op cit. s/p.

“El sistema acusatorio que informa el proceso penal español...exige que exista la debida correlación entre la acusación y la Sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer pruebas y participar en su práctica y en los debates habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la Sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado. La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la Sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse. Pero esto no quiere decir que todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación de la parte acusadora... sean igualmente vinculantes para el Juzgado o Tribunal de sentencia. De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso y en consecuencia, capacidad para vincular al Juzgado en aras de la necesaria congruencia. Por un lado el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo y en definitiva todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa. Esa base fáctica de la acusación vincula al Tribunal de modo que éste no puede introducir en la Sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral, en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede de modo sorpresivo traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener trascendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la agravación de la responsabilidad penal, porque, si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa. El otro elemento vinculante para el Tribunal es la clasificación jurídica hecha por la acusación. La clase de delito, si éste fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación de modo que en la Sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que legalmente corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la Sentencia un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por los acusadores y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la Sentencia pudieron ser elementos fácticos y su calificación jurídica conforman el hecho punible que constituye el objeto del proceso”

penal, el cual sirve para delimitar las facultades del Tribunal en orden a la determinación de la correspondiente responsabilidad criminal, porque si se excediera de los límites así marcado ocasionaría indefensión al imputado que habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y lego resulta condenado.”³⁹ (El subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse las posiciones son verdaderamente encontradas y es evidente que todo depende del criterio que se tenga de lo que constituye el objeto del proceso; si partimos del supuesto de que el objeto del proceso lo constituyen sólo los hechos imputados, único aspecto que no puede ser modificado o alterado, debemos reconocer que el Tribunal tiene libertad para calificar y sancionar como estime más conveniente, pues lo contrario sería dejar a criterio dispositivo los aspectos relativos a calificación y pena y como ya expresamos siguiendo a MONTERO, en el proceso penal es imposible que nadie se pueda atribuir la titularidad de los derechos subjetivos, como sí ocurre en el proceso civil.

Cosa contraria sería si se parte de la premisa de considerar que el objeto del proceso es el conjunto de elementos que integran la pretensión punitiva del Fiscal, caracterizado por la triada; hechos, calificación y pena y al que pueden adicionarse aspectos colaterales pero definitorios en un momento determinado del quantum de la pena, como son el grado de participación y las circunstancias agravantes. Bajo este prisma de análisis habría que aceptar que el Tribunal está sujeto en su decisión a lo que previamente ha sido servido por la parte acusadora, pues un actuar contrario implica un serio compromiso con el derecho a la defensa.

No resulta fácil tomar partido en esta polémica, pues si bien es cierto que por una parte el argumento relativo a la indisponibilidad de los derechos subjetivos penales, unido a que es sólo el hecho el que caracteriza e individualiza un caso de otro, reviste una solidez argumental irrefutable, no le falta mérito a la posición contraria que parapetándose en el derecho a la defensa, exige la imposibilidad de que un Tribunal pueda decidir sobre cuestiones de la que no se tuvo la oportunidad de ser informado y argumentar el medio de defensa más conveniente para dicha variante a la que no se enfrentó en el debate del juicio oral, lo que vulneraría el principio de contradicción e igualdad sobre los que se fundamenta el sistema acusatorio.

Sentadas las bases doctrinales sobre las que se mueve este aspecto, es conveniente que mostremos como se presenta el terma en nuestro Código de Procedimiento Penal, para lo cual hay que analizar no sólo la congruencia entre la acusación y la sentencia, sino también

³⁹ MARTINEZ ARRIETA. A: ob. Cit.; Pag. 345.

la estabilidad o mutabilidad de la pretensión punitiva por parte del Ministerio Fiscal. Así, se presentan los siguientes aspectos a solucionar:

- **Posibilidad de que la Fiscalía pueda variar durante el desarrollo del juicio oral los aspectos contenidos en sus conclusiones en cuanto a hechos, calificación y magnitud de la sanción.**

- **Posibilidad de que el Tribunal, sobre la base del desarrollo del juicio oral pueda apartarse de lo originalmente acusado en cuanto a hechos, calificación y sanción.**

En cuanto a la posibilidad que el Ministerio Público modifique los hechos, calificación y magnitud de la sanción durante el desarrollo del juicio oral, el art. 348 del CPP establece que “Durante el juicio, el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación por hechos o circunstancias nuevas que no hayan sido mencionados en la acusación y que modifiquen la adecuación típica o la pena. La misma norma establece que admitida por el juez o tribunal la ampliación de la acusación, se recibirá nueva declaración al imputado y se pondrá en conocimiento de las partes el derecho que tienen a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención.

Sobre la ampliación de la acusación, la jurisprudencia contenida en la SCP 0281/2017-S2 de 20 de marzo, sobre la norma contenida en el art. 348 del CPP antes referida, señaló que:

“...la ampliación necesariamente se tiene que realizar después de la averiguación de hechos subsiguientes que no fueron motivo de la tramitación del proceso, conforme establece este artículo, en el caso en estudio, no existieron nuevos hechos, para introducir el conjunto de nuevos elementos de prueba, pues no están permitidas las ampliaciones a título de enmienda y complementación por no estar contemplado en el Código de Procedimiento Penal para ese actuado procesal; el memorial interpuesto es una forma irregular de querer ingresar nuevas pruebas, la que no puede formar parte de la acusación fiscal de 19 de mayo de 2014, como aconteció exactamente en la problemática elevada en revisión a esta jurisdicción, y que fuera negada su lectura por no ser parte de esa acusación, pues no se adecuaría la producción de prueba extraordinaria; **deduciéndose que para la ampliación de la denuncia tienen que concurrir dos requisitos que son:** i) Existencia de nuevos hechos o circunstancias que no fueron mencionados en el desarrollo del juicio oral, público, continuo y contradictorio; y, ii) Que estos hechos o circunstancias modifiquen la adecuación típica o la pena. Por lo que se concluye que los hechos seguían siendo los mismos, razón por las que no puede ratificarse sobre esas pruebas que no fueron incorporadas cumpliendo las formalidades descritas, máxime si dentro del proceso penal precluyó la producción de pruebas con la acusación; motivo por el cual, la pretensión de producción de prueba

extraordinaria fue rechazada con la decisión de no dar lectura al memorial, por los antecedentes descritos no se constata la vulneración a los derechos invocados en la demanda tutelar”.

Respecto a la posibilidad que el Tribunal, sobre la base del desarrollo del juicio oral pueda apartarse de lo originalmente imputado en cuanto a hechos, calificación y sanción; aspecto sobre el cual el art. 362 del CPP, señala que el imputado no podrá ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o su ampliación.

De dicha norma podría desprenderse que lo verdaderamente indisponible dentro del proceso penal es el contenido del hecho controvertido, no ocurriendo lo mismo con relación al resto de los elementos esenciales que integran la pretensión punitiva del Fiscal (calificación jurídica sanción), respecto a los cuales es posible introducir modificaciones; **sin embargo**, no corresponde que el art. 362 del CPP sea interpretado de manera aislada, sino de forma sistemática y, por ende, tendrá que considerarse que si el art. 348 del CPP antes citado, ante la ampliación de la acusación por hechos o circunstancias nuevas no mencionadas en la acusación y **que modifiquen la adecuación típica o la pena**, establece que dicha modificación implicará que se reciba una nueva declaración y que se ponga en conocimiento de las partes el derecho de pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención, lo mismo tendría que ocurrir con una modificación gravosa de la calificación jurídica por parte del Tribunal.

Ese fue el primigenio entendimiento que asumió el tribunal constitucional en la SC 506/2005-R en la que luego de señalar las dos posturas sobre el principio de congruencia que han sido anotadas precedentemente, añadiendo una tercera tesis de la “desvinculación condicionada”, según la cual “(...) el juez, **sin modificar los hechos contenidos en la acusación, puede emitir sentencia por una calificación jurídica distinta a la propuesta en la acusación; con la advertencia de que sólo será conforme a derecho, si el juez o tribunal llena la exigencia de plantear la tesis a las partes que se pronuncien sobre el error en la calificación jurídica advertida, de modo que éstas tengan oportunidad de fijar posición al respecto**”; entendimiento que, de acuerdo a la Sentencia antes señalaba garantizaba el derecho a la defensa y el debido proceso.

Sin embargo, posteriormente, la SC 460/2011-R de 18 de abril, reiterada por las SSCPP 1019/2012 y 88/2013, estableció que es admisible, **con límites**, que en sentencia se otorgue una calificación jurídica distinta a la efectuada en la acusación, o bien, se agrave o disminuya la pena a imponerse. La Sentencia estableció que a modo de no transgredir la garantía del debido proceso, en su elemento del derecho a la defensa, ni el de congruencia,

era necesario definir los alcances del principio *iura novit curia* a la concurrencia de las siguientes condiciones:

“1) En virtud a la unidad del objeto procesal entre la acusación y la sentencia, la autoridad juzgadora puede variar la calificación legal inicialmente efectuada, cuando no implique la añadidura de hechos que no hubieran sido sometidos a averiguación ni investigación en el proceso penal; de modo que, no pueda calificarse de “sorpresiva” la modificación del tipo penal imputado, pese a tener diferentes elementos constitutivos, versa sobre igual condicionamiento fáctico.

2) En concordancia con el presupuesto que antecede, tampoco puede variarse el tipo penal cuando difiera en sustancia con los hechos atribuidos; dicho de otro modo, es imposible atribuir al imputado, un delito del que no tuvo oportunidad de defenderse y aportar prueba, en razón a que el objeto del proceso penal seguido en su contra versaba en distintos supuestos fácticos.

3) El cambio de calificación jurídica a los hechos sometidos a un proceso penal, debe recaer -necesariamente- sobre delitos de la misma naturaleza. Ello, por la lógica comparativa de los elementos constitutivos de los tipos penales, cuyo componente fáctico no dista del sentido jurídico propio de la clasificación de las conductas típicas antijurídicas esquematizadas en el Código Penal; que, según se advirtió en el Fundamento Jurídico precedente, si se advierte y comprueba su comisión, corresponde materializar el *ius puniendi*.

4) La modificación en la calificación de los hechos, no debe incurrir en pasar de un delito de persecución pública, a uno de índole privada, en el que se requiera el impulso necesario de la parte querellante y/o la víctima.

En todos los casos, debe ser evidente la congruencia entre la unidad fáctica de la acusación con la sentencia, entendida -la primera- como la relación circunstanciada del hecho histórico a investigar, y sea sobre el cual, recaiga el fallo fundamentado y motivado, indicando con precisión las condiciones por las que se modificó el tipo penal por otro, en base al análisis puntual de los hechos y su adecuación al delito finalmente atribuido”.

C. Prohibición de la *reformatio in peius*

La “*reformatio in peius*”, conocida también como reforma peyorativa o reforma en perjuicio, está referida a la regla que debe imperar en el proceso penal en virtud de la cual resulta imposible que el órgano encargado de conocer el asunto en vía de recurso pueda alterar los límites objetivos y subjetivos que han sido trazados por el recurrente y con ello agravar la situación procesal que quedó fijada por la sentencia de instancia, salvo en aquellos casos en que ambas partes hayan recurrido, en cuyo caso el Tribunal *ad quem* tendría plena libertad para moverse.

Esta regla está encaminada a lograr que las partes se sientan seguras al momento de interponer el recurso, sabiendo que dicha actuación no implicará en ningún caso un empeoramiento de su situación en el proceso, pues el Tribunal ad quem no podría, en virtud del imperio de esta prohibición, sobrepasar el límite que ha sido fijado por la resolución combatida, proporcionando lo que gráficamente se ha denominado como “tranquilidad para recurrir”.

Se insiste en colocar la regla relativa a la prohibición de la *reformatio in peius*, entre los aspectos necesitados de estudio dentro del análisis integral que estamos haciendo del principio acusatorio; la razón está dada por el hecho de que a pesar de que existe pleno consenso en lo que al acusado respecta, el debate se centra en la necesidad de su valoración con relación a todas las partes que intervienen en el debate penal; dicho en otras palabras, si se trata de una regla que opera solamente a favor del acusado o es aplicable también para la parte acusadora.

En la dirección apuntada anteriormente hay autores que presentan a la prohibición de la “*reformatio in peius*” como una regla de aplicación para ambas partes en el debate, de tal suerte que es aquella que recurre (acusador o acusado), quien coloca los límites subjetivos y objetivos al Tribunal ad quem⁴⁰. Esta postura doctrinal parte de la concepción pura del principio de contradicción, que presenta a las partes en total plano de igualdad en el debate, razón por la cual no es posible reconocerlo como un beneficio exclusivo del acusado. En correspondencia con esta posición el Tribunal no podría, ante un recurso interpuesto solamente por el Fiscal, modificar el fallo de instancia en el sentido que beneficie al acusado, pues si lo hace atentaría contra la prohibición de la “*reformatio in peius*”, que en este caso favorece a la parte acusadora.

En otro ángulo de análisis, con el que simpatizamos, se ubican los que plantean que la prohibición de la “*reformatio in peius*” es un beneficio que sólo puede aplicarse a favor del acusado;⁴¹ postura que se ha visto reforzada desde que un grupo de instrumentos internacionales⁴² han consagrado el derecho a los recursos como una garantía fundamental del justiciable, lo que implica que no es necesariamente un presupuesto de aplicación general para todas las partes participantes en el proceso penal. Esta posición se ubica dentro de lo que se ha dado en llamar como “Derecho Penal Garantista”, en virtud de cuyo enfoque el recurso deja de ser un medio general de control de la actuación de los Tribunales ante posibles violaciones de la legalidad, y por ello accesible a todas las partes, para

⁴⁰ GIMENO SENDRA, V; op cit. P. 63

⁴¹ Vid. MAIER J: *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Editores del Puerto S.R.L.... Buenos Aires. 1996. pp. 591-594. CAFFERATA NORES. J. *Derecho Procesal Penal. Consensos y nuevas ideas*. Cámara de Diputados de la Nación. Buenos Aires. 1998. pp.109-114.

⁴² Vid. “*Toda persona declarada culpable de un delito* tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que le haya impuesto sean sometidos un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley (artículo 14-4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966. En igual dirección se pronuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1966 (Pacto de San José), en su artículo 8.2.b

transformarse en un instrumento del acusado en su afán de mejorar su posición en el debate y a fin de poder lograr lo que se conoce como principio de la doble condena conforme o doble conformidad con la condena, que no es otra cosa que la posibilidad o seguridad de poder obtener en dos ocasiones distintas la reafirmación de la pena impuesta, como garantía indispensable para la ejecución penal.

MAIER, defensor de esta posición, basa su criterio en el razonamiento de que el proceso penal no puede ser visto como el típico proceso de partes del Derecho Privado, por lo que no opera para él las reglas de la autonomía de voluntad que son típicas del proceso civil, razón por la cual el imputado no puede disponer íntegramente de su condena, ni aún en vía recursiva; esto motiva que el Derecho procesal penal aprovecha todas las oportunidades posibles para intentar la corrección de vicios o errores que puedan afectar al imputado, de forma tal que incluso en aquellos casos en que sea solo el Fiscal quien recurre, el Tribunal tiene libertad e incluso la obligación de alterar los límites fijados por el recurrente, siempre que dicha modificación beneficie la situación del imputado.⁴³

Otro aspecto vinculado a la prohibición de la “reformatio in peius” es el que tiene que ver con la amplitud de su protección en aquellos casos en que el Tribunal ad quem decide anular las actuaciones del proceso por haber apreciado la violación de formalidades esenciales en la tramitación del asunto. Este proceder obliga en muchas ocasiones a que el Tribunal de instancia se vea en la necesidad de volver a practicar diligencias que ya había realizado, como puede ser la repetición integral del juicio oral. En este caso no está nada claro el ámbito de libertad que puede tener el Tribunal del juicio para adoptar su sanción, pues puede resultar muy común que ante un nuevo juzgamiento puedan surgir matizaciones que inclinen al Tribunal hacía la adopción de una pena mayor que la dispuso en la ocasión anterior; esta situación que puede ser muy común en la vida real, puede implicar una vulneración de la prohibición de la reformatio in peius, pues si bien es cierto que no se trata del Tribunal superior quien altera los límites del controvertido, no es menos cierto que esta contingencia que analizamos se produce como resultado de la interposición del recurso por parte del acusado. De aceptarse como posible que el Tribunal pueda imponer una sanción más severa que la acordada en el primer momento, haría que se pierda la señalada “tranquilidad” del recurrente al momento de tomar la decisión de impugnar el fallo que estime le ha resultado adverso. Esta razón ha hecho que se postule la extensión de la prohibición de la reformatio in peius al Tribunal de reenvío.⁴⁴

El CPP. se afilia a la posición doctrinal comentada que ubica a la “reformatio in peius” como un derecho del acusado y no de ambas partes en el proceso, lo cual se desprende

⁴³ MAIER. J; op cit. p. 594

⁴⁴ CAFFERATA NORES. J; op cit. p. 111

claramente del artículo 400 cuando dispone que cuando la resolución sólo haya sido impugnada por el imputado o su defensor, **no podrá ser modificada en su perjuicio**; por su parte, si el recurso es interpuesto por el Fiscal o el querellante, no opera la prohibición de la “reformatio in peius” a favor de los sujetos que ocupan la posición acusadora en el proceso.

En lo que a la extensión o alcance de la prohibición de la “reformatio in peius”, el artículo 413 CPP, deja claro que cuando se hubiere dispuesto la anulación de la Sentencia y el el recurso haya sido interpuesto sólo por el imputado, en el juicio de reenvío no se podrá imponer una sanción más grave que la impuesta en la sentencia anulada, ni desconocer los beneficios que en ésta se hayan otorgado, por lo que los beneficios de este principio alcanzan a todas las acciones subsiguientes a la interposición del recurso, proporcionando la tranquilidad a que hicimos mención anteriormente.

SCP 1475/2010-R Prohibición de reforma en perjuicio

“la no reformatio in peius, constituye un postulado constitucional esencial, que a su vez deriva de la garantía del debido proceso, en todo caso, ‘la reforma en perjuicio’ no es una simple regla que se subordine a la legalidad, sino un principio constitucional que hace parte del debido proceso y que se halla consagrado en el art. 117.I de la CPE, siempre y cuando el apelante agraviado con el fallo de primera instancia sea el único, caso contrario, cuando concurren dos o más apelantes, el Tribunal de segunda instancia, podrá modificar el fallo del inferior en base a fundamentación basada en normativa. (...), la cual consiste en la prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos que no ha mediado apelación de su adversario”.

3.3. Principios relativos a la introducción de los hechos.

La introducción de los hechos que serán la base del debate penal y que en correspondencia con lo analizado en los acápite anteriores constituyen el objeto del proceso, pasa aquí por la determinación de quien tiene la responsabilidad y también la posibilidad de aportar los elementos de prueba encaminados a demostrar la ocurrencia de dichos hechos. El dilema se nos presenta bajo un binomio dialécticamente relacionado y que se denomina aportación-investigación.⁴⁵

⁴⁵ WYNESS hace un repaso por los orígenes de estos principios en la doctrina alemana y utiliza para su definición una terminología distinta a la que modernamente es utilizada, pero que por resultar ilustrativa del sentido del principio la colocamos como referente: este autor los denomina como principio de presentación por las partes (aportación) y principio de investigación judicial (investigación). WYNESS MILLAR. R: Los principios formativos del procedimiento civil. Edlar. S.A. Editores Buenos Aires. 1927. Pp. 62-63. (traducción del inglés de Catalina Grossmann)

Estamos en presencia del principio de aportación si se reconoce que es a las partes a las que únicamente le corresponde la posibilidad de aportar los medios de prueba para demostrar los hechos; por el contrario, la posibilidad de que la autoridad intervenga en el proceso de prueba, con facultades para incorporar aquellas que considere convenientes, evidencia la presencia del principio de investigación.

El dilema clásico sobre la prevalencia de uno u otro de estos principios se presenta realmente en el juicio oral, teniendo en cuenta, en que es en esta fase del proceso penal en que rige plenamente el principio acusatorio y con ello el imperio absoluto de la contradicción. Carece de interés el análisis sobre cuál de los dos principios es el que impera durante la fase investigativa, toda vez que es materia conocida que esta etapa del proceso está regida por el principio inquisitivo, de forma tal que es la autoridad quien tiene el protagonismo en la introducción de los hechos, aunque en determinadas legislaciones se reconoce el derecho que tiene el acusado para proponer pruebas, como es el caso de Ley de Procedimiento cubana, que en su artículo 249 dispone que desde el momento en que se dicte por el Fiscal resolución en la que se decreta alguna de las medidas cautelares establecidas en la Ley, el acusado será parte en el proceso y podrá proponer pruebas en su favor, por sí o a través de su Defensor.

Lo que ocurre es que en esta primera fase no se realiza una verdadera actividad probatoria en sentido estricto, o sea, una actividad que pueda servir de fundamento para la decisión que debe pronunciarse en la sentencia, ya que sólo es preparatoria del juicio oral. Durante la primera etapa se deben realizar aquellos actos de preparación encaminados a proporcionar a las partes las fuentes de prueba que serán utilizadas en el acto del juicio oral. Es por ello que MONTERO hace una distinción entre ambos momentos, denominando al primero como actos de investigación, reservando la denominación de actos de prueba, para las acciones que exclusivamente se realizan en la segunda fase.⁴⁶

La controversia, como expresamos se presenta durante la fase del juicio oral, teniendo en cuenta que el objeto del proceso ha sido definido, en sus contornos esenciales, desde el momento en que la Fiscalía presentó su pretensión punitiva y el Tribunal dispuso la apertura a juicio oral. En correspondencia con lo anterior se concibe que son ordinariamente, las partes las que propongan los medios de prueba que serán practicados ante el juzgador a fin de que éste logre convicción sobre lo ocurrido. Teniendo en cuenta los principios de igualdad y contradicción, que rigen el debate en la fase de juicio oral, se concibe un Tribunal que se mantenga equidistante de los intereses de las partes y arbitrando la contienda.

⁴⁶ MONTERO AROCA . J; Principios del proceso...; ob. cit. pp.62 y 63.

A pesar de lo antes dicho sobre la obligación de las partes de probar los hechos, no se puede perder de vista, por una parte, el principio de presunción de inocencia, según el cual, es a la parte parte acusadora a quien le corresponde asumir la carga de la prueba incriminatoria, ya que no es posible exigirle al acusado que demuestre su inocencia, la que por mandato del mencionado principio viene sobreentendida, pues si se le exigiera a la defensa la prueba de hechos negativos se vería sometida esta parte a la probatio diabólica que menciona GIMENO SENDRA.

Ahora bien, deberán considerarse las peculiaridades que en algunos casos prevén las normas especiales, por ejemplo, la Ley 348 que en el art. 86.12 sostiene que “En todo proceso penal por hechos que atenten contra la vida, la seguridad o la integridad física, psicológica y/o sexual de las mujeres, **la carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público**”; consecuentemente, aun existiendo una acusador particular, no será posible exigir que éste asuma la carga de la prueba, sino al Ministerio Público.

Volviendo al tema de las posibilidades que tiene el Tribunal en materia probatoria, la doctrina y gran cantidad de legislaciones reconocen el derecho-deber que tiene el juzgador de poder **introducir per se medios de prueba encaminados al logro de la verdad material**. La virtualidad de este actuar dentro del proceso penal se justifica por los tipos de derechos que están discutiendo en el debate penal, pues si en el proceso civil, en que generalmente se dirimen pretensiones relativas a derechos subjetivos privados se reconoce el derecho del Tribunal a proponer pruebas para mejor proveer⁴⁷, mayor justificación existe para que en proceso penal pueda el juez tomar la iniciativa probatoria, al margen de la labor encomendada a las partes en litigio.

Ahora bien, conforme se ha visto en la primera unidad temática de este Módulo, si bien el Código de procedimiento penal, en el art. 342 establece que en ningún caso el juez o tribunal podrá (...), producir pruebas de oficio, esta norma debe ser entendida en su contexto, que está referido a la base del juicio y, bajo ese entendido, la producción de prueba de oficio está prohibida para abrir el juicio. Por otra parte, como también se precisó en dicha unidad didáctica, el principio de verdad material exige una actuación más activa de las y los jueces, con la finalidad de interpretar las normas procesales a partir de dicho principio.

Por otra parte, cabe señalar que las partes no pueden incorporar nuevos medios de prueba una vez que el juicio ha comenzado, salvo la excepción que establece el artículo 348 en los casos en que se produce una ampliación de la acusación, única oportunidad en que es

⁴⁷ El artículo 248 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (Ley N°7/77), dispone que en cualquiera de las instancias el Tribunal podrá acordar de oficio las diligencias de prueba que con el carácter de prueba que con el carácter de prueba para mejor proveer, estime que sea necesario practicar para llegar al cabal conocimiento de la verdad en relación con las cuestiones planteadas en el debate.

posible que se incorporen al proceso nuevos medios de prueba encaminados a demostrar tanto la pretensión punitiva como el interés del acusado ante la contingencia sobrevenida. La otra salvedad sería la denominada “prueba extraordinaria” que si bien no está expresamente prevista; empero, puede admitirse hasta antes del cierre del debate, en virtud al principio de verdad material.

3.4. Principios relativos a la valoración de las pruebas

Este principio es el que sigue en el inter lógico del proceso probatorio pues una vez determinado el objeto del proceso y definida quien tiene la responsabilidad de aportar los medios para corroborar dicho objeto, se impone dilucidar mediante que reglas o principios se valoraran dichas pruebas.

En este sentido se delimitan dos posiciones esenciales; la primera es la de la prueba legal o tasada, que como el nombre lo indica no es otra cosa que la predeterminación legal del valor que se le concederá a cada uno de los medios de prueba utilizados, mientras que la libre valoración de la prueba es el sistema mediante el cual se deja en manos del juzgador el criterio de determinar el peso de dicho medio de prueba jugara en el proceso de probanza del hecho controvertido en correspondencia con la impresión que la misma haya causado en su conciencia. Se realizará el respectivo análisis en los Sistemas de valoración Probatoria más tarde.

3.4.1. Presunción de inocencia

Queremos analizar, dentro de los principios relativos a la valoración de la prueba, la presunción de la inocencia y lo hacemos bajo una condicionante estrictamente metodológica pues resulta de difícil encasillamiento en alguno de los subgrupos de clasificación que hemos desarrollado, toda vez que se trata de uno de esos aspectos que hemos dado en llamar mega principios.

La presunción de inocencia, dada su propia naturaleza esencialmente compleja y multifacética, se incardina con muchos otros de los principios estudios; esto hace que se eleve, adquiriendo una jerarquía que lo coloca entre aquellas garantías que se estudian de forma independiente, como también ocurre con el derecho a la defensa.

A pesar de lo anterior, se estudiará la presunción de inocencia en este momento pues su operatividad práctica se materializa necesariamente en el proceso cognoscitivo que realizan los jueces en función de probar el hecho delictivo.

Teniendo en cuenta que por el mecanismo mental lógico que opera en casi todos los que intervienen en el proceso penal, la figura del acusado, por el sólo hecho de serlo, motiva que existan sospechas y recelo hacia sus descargos, al encontrarse en la posición de desventaja en que lo coloca el proceso que se desarrolla en su contra. Son estas las razones por las que presunción de inocencia se presente como un valladar a la tendencia natural antes reseñada.

Bajo el imperio de este principio, la valoración que haga el tribunal de las pruebas que se le presentan por la acusación debe estar condicionada por una visión desprejuiciada del hecho y del comisor, lo cual no se logra gratuitamente, sino por imposiciones colocadas en el ordenamiento en forma de garantías, que obligan al juzgador a que se le demuestre la existencia del delito más allá de la presencia de simple indicios, pruebas circunstancial e incluso de la misma confesión del hecho por parte del acusado.

SCP 0827/2013 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

“...la garantía de la presunción de inocencia, conforme se tiene señalado anteriormente, como regla de tratamiento de la persona que se encuentra sometida a proceso, implica que, el imputado, mientras no se pruebe su culpabilidad a través de una sentencia con calidad de cosa juzgada material, debe ser tratado en todo momento como inocente. En ese sentido, cabe hacer referencia al art. 116.I de la CPE, que garantiza la presunción de inocencia y, como efecto de dicha garantía, constitucionaliza el criterio de interpretación de favorabilidad (pro libertad) cuando exista duda sobre la norma aplicable, al señalar que: “...Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado”.

Criterio de interpretación que antes de la vigencia de la actual Constitución Política del Estado estaba contenido en los arts. 6, 7 y 221 del CPP, cuyas normas armonizan, con las consideraciones antes señaladas, puesto que; por un lado, establece la garantía de la presunción de inocencia, exigiendo que el imputado reciba un trato de inocente mientras no exista contra ella una sentencia ejecutoriada que demuestre su culpabilidad y; por otro, consagra la aplicación del principio de favorabilidad en cuanto al régimen de las medidas cautelares, instituyendo que, al surgir una duda en cuanto a su aplicación se refiere, debe imponerse lo menos perjudicial al ejercicio de los derechos fundamentales del encausado.

3.4.2. Principio “ne bis in Idem”

Este principio está reconocido en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York, 1966), ratificado por Bolivia, a cuyo tenor: *“Nadie puede ser procesado*

o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país". Precepto que en Bolivia de acuerdo con lo previsto en los arts. 115 y 117 de la Constitución, forma parte del ordenamiento jurídico interno.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional este principio no sólo hace referencia a una duplicidad de sanciones en el ámbito penal, sino también cuando exista una sanción penal y otra administrativa, pese a existir identidad en el sujeto, hecho y fundamento; entonces, el principio de *ne bis in idem*, se vulnera por la aplicación de una doble sanción, administrativa y penal, o por la aplicación de una doble sanción en un único ámbito sancionatorio.

En cuanto a la esfera jurídico-penal, el principio del *non bis in idem*, aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Pues bien, hemos de afirmar que si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habrá de reputarse contraria al art. 4 del CPP. que señala: **Artículo 4º.- (Persecución penal única).** *Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias. La sentencia ejecutoriada dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá efecto de cosa juzgada.*

Finalmente se debe distinguir entre la dimensión sustantiva (nadie puede ser penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido absuelto o condenado definitivamente), y la dimensión procesal (nadie puede ser juzgado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido absuelto o condenado definitivamente). Dice al respecto Bacigalupo que "no sólo se vulnera este principio sancionando al autor más de una vez por el mismo hecho, sino también cuando se lo juzga por el mismo hecho en más de una oportunidad".

SC 1044/2010-R Principio *non bis in idem*- sobre la base de la jurisprudencia anterior

“El principio *non bis in idem* implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad”.

El mencionado principio está contemplado por un aspecto sustantivo, es decir, que nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto

o condenado; y, el aspecto procesal o adjetivo, esto es, que nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado.

De las premisas antedichas, se tiene en una cabal dimensión, que se vulnera al “non bis in idem”, no sólo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho.

Ahora bien, como se tiene precisado líneas precedentes, se considera en la doctrina al “non bis in idem” como un principio, sin embargo, tal y como se desarrolló en el Fundamento Jurídico III.3 de la presente Sentencia Constitucional, el “non bis in idem” viene a constituirse en una garantía específica del debido proceso, es por ello que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio “non bis in idem” está consagrado no como un principio, sino como un derecho humano que forma parte del derecho al debido proceso; así se tiene por ejemplo en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que lo consagra en su art. 8.4 mismo que dispone: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”; por otro lado, también se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, específicamente en su art. 14 inc. 7) que establece lo siguiente: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiese sido ya condenado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

La normativa citada resulta ser aplicable merced a que los instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad según lo dispone el art. 410 de la CPE y tomando en cuenta también el tenor del art. 256 de la misma Constitución, que indica lo siguiente: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”.

En consecuencia, el “non bis in idem” se encuentra consagrado en la Constitución Política del Estado como una garantía jurisdiccional en virtud a que se encuentra contemplado en el art 117.II y que a la letra indica “Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho”, sin embargo, de acuerdo al art. 256 de CPE antes citado se concibe al “non bis in idem” como un derecho que forma parte de los elementos configurativos del debido proceso como un derecho de la persona.

Así también lo entendió este Tribunal Constitucional cuando en la SC 1764/2004-R de 9 de noviembre indicó: “Tomando en cuenta que las normas previstas por los tratados, pactos o convenciones internacionales sobre derechos humanos que hubiesen sido suscritos o ratificados por el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad, haciendo una interpretación integradora de las normas previstas por el art. 16 de la Constitución en concordancia con los

instrumentos internacionales antes referidos, se infiere que al formar parte del derecho al debido proceso se constituye en un derecho constitucional de la persona, por lo tanto oponible ante las autoridades públicas y tutelable por la vía del amparo constitucional. Es en esa perspectiva que el legislador ordinario ha previsto, en el art. 4 del CPP, la persecución penal única, referida a que nadie podrá ser procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias, lo que significa la prohibición de un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado”.

3.4.3. Principios relativos al régimen de los recursos

Esta posibilidad de interactuar en aras de lograr corregir lo que se ha ejecutado se relaciona con la posibilidad que debe existir de mantener una permanente interlocución durante el desarrollo del debate, de forma tal que se pueda garantizar el derecho a ser oído durante todo el tiempo de la contienda penal, lo cual tiene en los recursos una vía de materialización; además, quien recurre denuncia la vulneración de algún derecho, cuyo irrespeto -según su consideración- lo ha colocado en posición de desventaja en el debate.

Existen varios aspectos que merecen análisis; uno de ellos es la problemática relativa a si cualquier violación cometida puede dar pie a que se acoja el recurso interpuesto o sólo aquellas que vulneran derechos de las partes y que las colocan en estado de indefensión, al romper el equilibrio procesal. MONTERO es del criterio que la estimación del recurso no puede depender de que se haya producido indefensión o no, sino de que el acto procesal, realizado con infracción de la norma procesal, pueda o no, a pesar de ello, producir los efectos que lo son propios.⁴⁸ De la tesis de MONTERO se deduce que la autoridad que conoce un recurso debe pronunciarse favorablemente a su prosperidad, siempre y cuando se vulnere una norma procesal, con independencia de que en ese momento no sea posible vincular a la formalidad quebrantada con el daño a los derechos fundamentales. Este análisis se realizará con mayor profundidad en el tema relativo a los Recursos o Sistema Impugnativo Boliviano.

4 Principios del Procedimiento

A continuación, se estudiarán aquellos principios que, sin estar desvinculados de los antes estudiados, se caracterizan por ser fundamentalmente de tipo técnico, pues son los que estructuran al procedimiento en cuanto a sus aspectos formales, estableciendo los parámetros en virtud de los cuales se adecua la labor de conocimiento del Tribunal y de actuación de las partes.

⁴⁸ MONTERO AROCA. J; Principios del proceso...; op cit; pp. 145-146.

Dentro de estos principios técnicos configurativos se encuentran los siguientes:

4.1. Principios de Relativos a la forma de los actos procesales

Los principios relativos a las formas son las que tienen que ver con el medio que utiliza la autoridad o el Tribunal para imponerse o conocer de las diferenciaciones que se practican durante el proceso. En correspondencia con la anterior existen dos únicas posibilidades de presencia de estos principios que son la oralidad y la escritura. Dependiendo de cuál prevalezca, se puede calificar un proceso como escrito u oral; sin embargo, el factor decisivo para realizar dicha calificación se encuentra en su fase probatoria, de tal suerte que podemos afirmar que un proceso es oral si el mecanismo de obtención de la información que servirá de base para confeccionar la sentencia se ha realizado de forma oral.⁴⁹

De lo anterior se desprende que lo que determina la clasificación de un proceso penal es la forma en que se procede dentro del juicio oral, que es donde se practican las pruebas que sirven de base al título de condena y consecuentemente a la sentencia; la forma en que se realizan las actuaciones de la fase sumarial no cuentan para esta clasificación, pues como se dijo anteriormente, durante esa fase realmente no se practican pruebas sino el acopio del material que servirá para sostener la acusación y de lo que se dispondrá realmente para la verdadera práctica que es la que se realiza en el acto del juicio oral.

La oralidad es otra de las conquistas arrancadas por las ideas liberales al pensamiento jurídico medieval, razón que motiva que su plasmación positiva esté vinculada esencialmente con el advenimiento de las revoluciones burguesas al poder y con la participación del pueblo en la administración de la justicia.

En la actualidad es un principio prevaleciente en la mayoría de los ordenamientos procesales modernos y a pesar que expresamos que se trata de un principio esencialmente técnico, es necesario tener en cuenta que dada su incidencia en el cumplimiento de las garantías y derechos de los acusados al ser un facilitador de la vigencia de otros principios como los de contradicción, igualdad, acusatorio, etc.⁵⁰, su exigencia está recogida en los principales instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos⁵¹ como

⁴⁹ GIMENO SENDRA, V; et al; op cit. p. 84

⁵⁰ Existe un sector de la doctrina que estima que la oralidad, lejos de constituir un principio en sí mismo, constituye realmente un instrumento o facilitador de los principios políticos básicos y de las garantías que estructuran el propio sistema procesal penal. Vid. GONZALEZ ALVAREZ, D, ob. Cit. p.92.

⁵¹ La declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, dispone que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial... para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (art.10)

medio de garantía de los mismos por lo que se incardina con los principios de raigambre esencialmente políticos.

En lo que al CPP respecta, el principio de oralidad se presenta como esencial en el ordenamiento procesal boliviano; esa es la razón por la cual el legislador menciona reiterativamente la prevalencia de este principio, tratando con ello de resaltar la importancia del cambio que se opera en una realidad jurídica en la que jugaba un importante papel el principio de la escritura. En correspondencia con lo anterior, vemos como el artículo 1 del CPP, consagrado a la presentación del principio de contradicción, deja claramente establecido que nadie podrá ser condenado si no es por sentencia dictada luego de haber sido oído previamente en juicio oral y público.

En igual dirección se pronuncia el Artículo 329, en el que se define qué juicio es la fase esencial del proceso y que el mismo debe realizarse bajo el imperio del principio de oralidad, y es el artículo 333 el dedicado a desarrollar a plenitud este principio, partiendo del presupuesto de que el juicio debe ser esencialmente oral y regulando aquellos casos en que el medio de prueba utilizado no sea el personal, disponiendo que en dichos casos, la prueba debe ser “incorporada por su lectura” para que pueda surtir efectos en el proceso.

La exigencia que hace el CPP de que determinadas pruebas soportadas documentalmente deban ser introducidas “por su lectura” para que tengan validez en el proceso, evita que se “se den por reproducidos” determinados medios de prueba, práctica que impide que dicho documento sea leído en el acto de juicio, quitándole el carácter oral, quedando reservado su conocimiento a los que directamente participan en la vista en su condición de sujetos del proceso, pero resulta totalmente incomprensible para el público asistente, incumplándose el principio de publicidad, ya que no ha podido escuchar e imponerse del contenido de la prueba que ha sido introducida al proceso.

El artículo 335 faculta al tribunal para que previo acuerdo de las partes, pueda disponer la lectura parcial de los documentos que se pretende incorporar al proceso; en tal sentido los operadores jurídicos bolivianos deberán velar celosamente por el cumplimiento de la exigencia general impuesta por el Código en el sentido de que las pruebas soportadas en documentos deben ser introducidas al proceso solamente por su lectura, concibiendo esta como la reproducción integral del documento en cuestión, pues se corre el peligro de que en la búsqueda de la ansiada celeridad, se vaya cediendo ante lo que constituye un principio capital del nuevo proceso penal boliviano, que es la prevalencia absoluta de la oralidad en la práctica de todas las pruebas sobre la que se basara en el fallo del tribunal.

El CPP, en su artículo 371, regula la forma en que se realizara el registro de las actuaciones que se llevan a cabo durante el acto del juicio oral, incluida la practicas de las pruebas, con lo que se garantiza la documentación del material probatorio que servirá de sustento a la sentencia que en su día se dicte.

El CPP exige que el registro de las actuaciones sea una copia fidedigna de lo que se ha realizado en la práctica de la prueba, ya que el acta tiene el cometido de ser una copia histórica del acto que se ha verificado, con utilidad para el juez superior que en su día tenga la misión de revisar, en vía de recurso, las actuaciones del juez inferior.

En un proceso regido por el principio de oralidad e inmediación, el registro pierde el cometido de ser “una copia” de lo actuado; ya que el juez superior nunca podrá entrar en un cuestionamiento de la capacidad del inferior para valorar las pruebas, toda vez que el órgano del juicio ha arribado a convicción de la ocurrencia de un hecho, tras haber verificado de forma directa e inmediata la práctica de las pruebas, aspectos que no puede ser objeto de discusión por el superior.

Bajo el imperio del CPP. el valor del registro está encaminado a verificar “la forma” en que se han realizado las actuaciones, de manera tal que en un análisis a posteriori pueda apreciarse si se han cumplido con las exigencias de tipo procesal que están establecidas en la Ley, pero nunca sobre los aspectos de contenido (art. 372 de CPP).

4.2. Principios relativos a la relación del órgano jurisdiccional con el objeto del proceso.

El Tribunal puede trabar conocimiento de las pruebas practicadas para la demostración del objeto del proceso por vía directa indirecta. En correspondencia con la forma en que se produzca esta interfase entre el órgano jurisdiccional y el resultado de la prueba es que estaremos en presencia de los principios de mediación o inmediación.

Hay mediación cuando el Tribunal no participa directamente en el acto de la prueba, sino que solo recibe los reportes escritos de lo practicado y basándose en ello fundamenta su fallo⁵², mientras que estamos en presencia del principios de inmediación si se pone de manifiesto que el Tribunal ha trabado contacto directo con todo el material probatorio de forma tal que los jueces han participado personalmente en el proceso de práctica de las

⁵² Esto se da en el proceso civil en que a pesar de estar informado por el principio de inmediación, los jueces con mucha frecuencia delegan en el personal auxiliar del Tribunal la toma de declaración a los testigos, lo que hace que se pierda el vínculo directo y personal con la prueba ratificada, basando su sentencia en el reporte escrito que recibe del acto realizado.

pruebas, presenciando todos y cada uno de los resultados obtenidos.⁵³ En el proceso penal rige absolutamente el principio de inmediación pues el Tribunal está en contacto directo con la práctica de las pruebas, lo cual se verifica con su presencia en el acto del juicio oral.

Por la estrecha relación que el principio de inmediación guarda con el de oralidad, dado que es bajo la vigencia de éste que la inmediación alcanza su mayor realización, hay autores que no la estudian de forma independiente sino como una derivación de la oralidad⁵⁴; sin embargo, con independencia de esta estrecha relación existente entre ambos, que ha condicionado que algunos los denominen como compañeros de viaje, es conveniente estudiar a la inmediación como un principio independiente; pues el mismo puede estar presente en procesos regidos por el principio de escritura, con independencia de que su realización cabal en estos no tenga la efectividad que logra en el proceso oral.

Es necesario destacar que el CPP concibe la vigencia de la inmediación en una dimensión plena, o sea abarcando a todo los integrantes de Tribunal, de forma tal que el principio no opera para el órgano como un ente, sino visto en la individualidad de cada uno de los que participan, incluido los jueces legos, de forma tal que el conocimiento de unos no sufre el de los otros, sino que es necesario que todos los integrantes del Tribunal hayan tenido la posibilidad de estar en contacto directo con la práctica de las pruebas; esto condiciona la regulación existente donde se prevé que si durante la realización de un juicio se produjera la enfermedad repetida de uno de los jueces que intervienen y se presumiera que el impedimento puede prolongarse, debe disponer de nulidad de la parte del juicio que se haya practicado y se señalará una nueva fecha para realizarlo (art. 335), en salvaguarda del mencionado principio.

Existen en la Ley algunas particularidades vinculadas con la vigencia del principio de inmediación durante la realización del juicio oral, en las que pudiera decirse que este no alcanza su plena realización entre ellas se encuentran aquellas pruebas testificales en las que los emisores de la declaración no se encuentran presentes en la audiencia, lo que obliga a que se le daba dar la lectura a su declaración, como ocurre con la prueba anticipada (art. 307); o en el caso de las personas que por Ley están exentas de la obligación de comparecer como testigos y que en el juicio lo que se conoce es el informe por ellos presentado (art. 195); o las declaraciones de testigos brindadas en el extranjero; o la declaración del testigo imposibilitado que reside fuera de la localidad donde se celebra la vista, etc; al tomar

⁵³ Existe un criterio doctrinal que distingue la existencia de una inmediación subjetiva y una inmediación objetiva. La inmediación subjetiva o formal es la que exige que el tribunal que va a dictar la sentencia tome conocimiento directo y en consecuencia se forme así una convicción, del material probatorio que ha sido reproducido en su presencia, junto a todos los demás sujetos del proceso: por su parte la inmediación objetiva o material, concibe que el tribunal debe obtener el conocimiento y formar convicción, utilizando el medio probatorio más cercano al hecho a probar, entre todos los medios concurrentes. Al estudiar el principio de mediación en este trabajo, nos estamos refiriendo a su variante subjetiva o formal. Vid. GONZALES ALVAREZ. D. ob. Cit. p. 92.

⁵⁴ BERZOSA, V: ob. Cit. pp. 613-614

conocimiento el Tribunal de la prueba practicada a través de su registro escrito está imposibilitado de ese contacto directo que se logra cuando el testigo comparece, lo que posibilita que el juzgador pueda apreciar todo ese conjunto de elementos subjetivos que rodean la declaración y que muchas veces dan al traste con la apreciación de veracidad que se le confiere a su testimonio y que constituye uno de los elementos que conforman y justifican la vigencia del principio de inmediación, como presupuesto formal en un proceso que se proponga la búsqueda de una verdad más allá de los límites del proceso, o sea de una verdad material.

El CPP. le concede al principio de inmediación una dimensión más abarcadora que la concebida en el patrón original, ya que no la limita solamente a los juzgadores sino que la hace extensiva al resto de las partes, exigiendo que el juicio se realice con la presencia ininterrumpida de los jueces y de todas las partes (art. 330): no obstante, regula las excepciones que pueden darse en los casos de ausencia del defensor, fiscal o querellante, para lo cual concibe la posibilidad de la sustitución, no así para el juzgador, para quien la inmediación opera como un principio invulnerable.

Unidad N° 2: Medidas Cautelares

1. Caracteres generales del instituto de medidas cautelares

El Código de Procedimiento Penal, siguiendo los lineamientos de la reforma que se está efectuando en Hispanoamérica y siguiendo al Código Modelo de Procedimiento Penal para Hispanoamérica, consigna en su articulado las medidas cautelares, las mismas que deben aplicarse en forma excepcional es decir cuando ya no exista otra posibilidad jurídica. El juzgador deberá tener en cuenta el Art. 6 del C.P.P. que se encuentra en concordancia con el Art. 116 de la Constitución Política del Estado que expresa la presunción de inocencia de todo encausado, mientras no se pruebe su culpabilidad y que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en PROCESO LEGAL, ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. El C.P.P. establece que el trato que se le debe otorgar al imputado es el de inocente y en todo momento, vale decir desde la denuncia hasta la dictación de la sentencia que tenga la calidad de “cosa juzgada”.

Otro elemento que se debe considerar en relación a las medidas cautelares es que el imputado puede guardar silencio y no declarar nada y no se le puede por tanto obligar a declarar en contra de sí mismo tal cual se acostumbraba con los sistemas inquisitivos. En casos de que el imputado no declare, este silencio no podrá ser utilizado en su contra, es decir no se puede alegar obstaculización a la justicia y pedir medidas cautelares personales de detención.

En consideración a que la “carga de la prueba” corresponde a la parte ACUSADORA el imputado no tiene la obligación de probar su inocencia, tampoco tiene la obligación de presentar pruebas de descargo las mismas que la efectuara si cree necesario de lo contrario podría no presentar nunca una prueba de descargo; tomando esta afirmación, debemos considerar que al momento de dictar cualquier medida cautelar, es la parte acusadora quien tiene que proporcionar todas las evidencias al juzgador a efectos de la dictación de la resolución de medidas cautelares.

Se ha señalado que las medidas cautelares son **EXCEPCIONALES**, motivo por el cual es necesario tener presente el Art. 7 del C.P.P. Conforme a ello, el juez que dispone una medida cautelar de detención tiene que estar plenamente convencido de dicha decisión, sin embargo cuando existan dudas se debe estar siempre a favor del imputado, en éste sentido no solo debemos considerar el hecho de una eventual detención preventiva sino la

aplicación de otras medidas cautelares como ser las reales o sustitutivas que restrinjan en menor medida los derechos de las personas.

De otro lado debemos considerar que la aplicación de medidas cautelares **son TEMPORALES**, es decir sólo deben subsistir mientras haya necesidad de su aplicación motivo por el cual pueden quedar sin efecto cuando ya no exista más necesidad de ellas; sin embargo muchas autoridades piensan que una vez que una persona se encuentra con detención preventiva la misma deberá quedar detenida hasta que exista una sentencia ejecutoriada y ante las solicitudes de libertad se le otorga medidas sustitutivas con fianzas económicas de imposible cumplimiento, motivo por el cual continua detenidas sin considerar que el art. 221 del C.P.P señala, en el último párrafo que “No se podrá restringir la libertad del imputado para garantizar el resarcimiento del daño civil, el pago de costas o multas”; consiguientemente no es posible privar de la libertad a una persona con este fin.

Al abordar el tema de las medias cautelares debemos relacionarlas con la presunción de inocencia, que debe estar presente durante toda la tramitación del proceso hasta que exista una sentencia con la calidad de “cosa juzgada”.

Las medidas cautelares de carácter personal son también **REVISABLES** son revisables a pedido de partes y también de OFICIO es decir que no causan estado, aspecto que se encuentra consagrado en el Art. 250 del .C.P.P.

Cabe mencionar a la SCP 0025/2018-S2 hace referencia al principio de proporcionalidad como una condición para la imposición, en general de las medidas cautelares, conforme al siguiente razonamiento:

SCP 0025/2018-S2 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
<p>III.2. El principio de proporcionalidad en la limitación de derechos fundamentales, respecto a la aplicación de medidas cautelares</p> <p>El principio de proporcionalidad fue concebido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional -SCP 2299/2012 de 16 de noviembre- no solo como una prohibición de exceso en la actuación del poder, en el entendido que las autoridades de los diferentes órganos del poder público y las instituciones del Estado, deben actuar conforme a las competencias otorgadas por la Ley Fundamental, sino también como una exigencia para que sus funciones sean realizadas bajo limitaciones y responsabilidades que la Norma Suprema establece, como el respeto a los derechos fundamentales. En ese entendido, el ejercicio de las funciones y competencias de las autoridades requiere proporcionalidad, en especial cuando interfiere en el ejercicio de derechos fundamentales, por cuanto una actuación desproporcionada, quebranta las bases fundamentales del Estado Plurinacional</p>

Constitucional.

El principio de proporcionalidad, de acuerdo a la SCP 2299/2012, se sustenta en la idea de vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, por lo que, una disminución en el ejercicio de los mismos debe tener una causa justificada y solo en la medida necesaria. Este principio tiene su fundamento en el carácter inviolable de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 13.I de la CPE y es considerado como un criterio hermenéutico de imperativa observancia en el ejercicio de cualquier competencia pública, por cuanto la efectivización de un derecho fundamental no puede ser limitado más allá de lo que sea imprescindible para la protección de otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional, con la finalidad de evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales.

Lo anotado implica, entonces, que la autoridad, al momento de elaborar una ley, emitir una norma o aplicar una disposición legal que limita un derecho fundamental, debe efectuar un juicio de proporcionalidad en el que se analice tres aspectos fundamentales: a) Si la medida limitativa o restrictiva de un derecho fundamental es idónea o adecuada para la finalidad buscada con la misma; b) Si la medida limitativa o restrictiva es necesaria, y si acaso, existen otras menos graves, que restrinjan en menor grado el derecho fundamental, que podrían ser adoptadas en el caso concreto para alcanzar la finalidad perseguida; y, c) Analizar la proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en dilucidar si la afectación, restricción o limitación al derecho fundamental no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen con tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

El principio de proporcionalidad fue utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para el análisis de la limitación al ejercicio de los derechos humanos, y en especial, con relación a las medidas cautelares en materia penal; por ejemplo, reiterando el entendimiento emitido en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador, la Sentencia de 1 de diciembre de 2016[6] sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, dispuesta dentro del Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, establece que la aplicación de medidas cautelares, en particular la privación de libertad, debía ser proporcional, determinando los siguientes criterios en el párrafo 147:

Por el contrario, resulta además necesario que, en el momento de la decisión, las autoridades judiciales justifiquen: a) que la finalidad de las medidas que restringen ese derecho sea compatible con la Convención, esto es, el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia, b) la necesidad de su imposición en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y c) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho no resulte exagerado o desmedido frente a

las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. De ese modo, a la hora de analizar la imposición de ese tipo de medidas, las autoridades judiciales deben basar sus decisiones en elementos objetivos que puedan indicar que se puedan materializar efectivamente los peligros procesales que se buscan precaver.

Con relación a la Sentencia del Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, cabe mencionar al Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez[7], quien sostuvo en el párrafo 7:

En fin de cuentas, pues, las medidas cautelares penales, como cualesquiera restricciones de derechos fundamentales, debieran ser: a) excepcionales y no ordinarias, rutinarias, sistemáticas; b) justificadas dentro de un marco preciso de razones y condiciones que les confieran legitimidad y racionalidad; c) acordadas por autoridad jurisdiccional independiente, imparcial y competente, que las resuelva con formalidad y exprese los motivos y los fundamentos en que apoya el mandamiento; d) indispensables para alcanzar el fin legítimo que con ellas se pretende; e) proporcionales a éste y a las circunstancias en que se emiten; f) limitadas, tanto como sea factible, en intensidad y duración; g) revisables periódicamente: por mandato de la ley y por instancia de las partes, revisión que debe contar con las garantías inherentes a un verdadero régimen impugnativo (independencia, eficacia y celeridad); h) revocables o sustituibles cuando se ha rebasado el tiempo razonable de vigencia, tomando en cuenta sus características. Todo esto, que es aplicable al sistema general de medidas cautelares penales, tiene especial acento si se piensa en la más severa de aquéllas: la privación cautelar de la libertad.

En el ámbito interno, estas características están descritas en el art. 221 del CPP, que establece que la libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidas a toda persona por la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y el propio Código Procesal Penal, "...sólo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley" (el resaltado es nuestro). En el segundo párrafo, el mismo artículo señala que: "Las normas que autorizan medidas restrictivas de derechos, se aplicarán e interpretarán de conformidad con el art. 7 de este Código. Estas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundamentada, según lo reglamenta este Código y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación".

Por su parte, el art. 7 del CPP, respecto a las medidas cautelares y restrictivas -tanto personales como reales- establece que su aplicación será excepcional y que: "Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste" (las negrillas son añadidas); introduciendo en este punto el principio de favorabilidad que en materia penal tiene rango constitucional y está previsto en el art. 116.I de la CPE.

Conforme a las normas procesales penales y los estándares interamericanos antes

señalados, las medidas cautelares deben ser aplicadas: 1) Con carácter excepcional; 2) Cuando resulten indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley, lo que supone que las autoridades judiciales deban realizar en todos los casos de imposición de medidas cautelares -que suponen una limitación a derechos fundamentales- el juicio de proporcionalidad precedentemente explicado; 3) Deben ser impuestas a través de una resolución judicial debidamente fundamentada y motivada; 4) Tienen que ser limitadas en cuanto a su duración, en tanto subsista la necesidad de su aplicación, y por ende, también son revocables o sustituibles y revisables periódicamente; y, 5) En caso de duda respecto a una medida restrictiva de un derecho, deberá aplicarse lo que le sea más favorable.

Ahora bien, debe recordarse que la incautación es una medida cautelar de carácter real, que para su aplicación, debe reunir las condiciones señaladas precedentemente. De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, la incautación implica el "...apoderamiento de los instrumentos y efectos del delito, ordenado judicialmente, a fin de asegurar los resultados de un juicio o bien para darles el destino lícito correspondiente..." (SCP 0513/2003-R de 16 de abril), cuando se presume que son bienes sujetos a confiscación.

De acuerdo al art. 254 del CPP, modificado por la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Controladas -Ley 913 de 16 de marzo de 2017-, si existen indicios suficientes acerca de la condición de bienes sujetos a incautación o confiscación, la autoridad judicial dispondrá mediante resolución fundamentada, su incautación e inventario, la anotación preventiva de la resolución de incautación, tratándose de bienes sujetos a registro y su entrega a la DIRCABI.

Ahora bien, es evidente que como establece el art. 255.I del CPP, es posible que la persona afectada presente un incidente sobre la calidad de los bienes, en el que se debatirá:

- 1) Si el bien incautado está sujeto a decomiso o confiscación de acuerdo a Ley;
 - 2) Si el bien incautado ha sido adquirido en fecha anterior a la resolución de incautación y con desconocimiento del origen ilícito del mismo o de su utilización como objeto del delito.
- En todo caso deberá justificar su origen.

Cabe aclarar que, el imputado únicamente puede fundar su incidente en la primera causa, en tanto que si el que formula el mismo es una tercera persona, puede fundarlo en las dos causales; lo que supone que la autoridad judicial deberá analizar si efectivamente los bienes en cuestión están sujetos a incautación o decomiso y si se demostró que el bien fue adquirido con anterioridad a la incautación y con desconocimiento del origen ilícito o de su utilización como objeto del delito.

Analizados estos aspectos, la autoridad judicial a través de una resolución fundamentada, puede ratificar la incautación del bien objeto del incidente o revocarla.

En el marco de los requisitos señalados precedentemente para la imposición de medidas cautelares de carácter real, la autoridad judicial deberá asumir que la medida de

incautación: i) Sólo puede ser dispuesta respecto a bienes sujetos a decomiso o confiscación; ii) Que una vez constatado ese extremo, la medida podrá ser mantenida si no se demuestran las dos causales previstas en el art. 255 del CPP, que fueron previamente analizadas; y, iii) Sin embargo, se debe aclarar que en dicha labor -en el marco de los precedentes interamericanos que forman parte del bloque de constitucionalidad- y nuestro propio procedimiento penal, debe analizarse si la misma resulta indispensable para cumplir con su finalidad, cual es, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, asegurar los resultados del juicio o darles el destino lícito correspondiente, aplicando si corresponde, lo que sea más favorable para el incidentista; esto supone, evidentemente, efectuar un juicio de proporcionalidad, que implica el análisis de su idoneidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

1. Las medidas cautelares de carácter personal

Cuando tratamos las medidas de carácter personal nos estamos refiriendo directamente a todas aquellas actuaciones efectuadas por autoridades que restringen sus derechos, principalmente relacionados con el derecho de locomoción, a éste propósito en forma general debemos analizar las siguientes:

ARRESTO.

Esta medida puede ser aplicada ya sea por el fiscal o por la policía en casos en que se esté realizando una investigación con hechos ciertos y no pueda identificarse con precisión a los posibles autores, partícipes o testigos del hecho delictual, en éste sentido se puede también ordenar la privación de libertad en un recinto policial o ante la policía judicial por el término de ocho horas exclusivamente, luego de lo cual necesariamente el fiscal que tiene conocimiento del caso dentro las 24 horas debe hacer conocer al juez cautelar de turno, el inicio de investigación penal. Durante esta etapa la policía puede ordenar que no se modifique el estado de las cosas, las mismas que podrán servir a futuro como medios de prueba incluyendo el hecho de ordenar que tampoco se comuniquen las personas involucradas entre sí.

También se puede disponer que en primera instancia las personas no se alejen del lugar del hecho, todo con el único objeto de que se pueda iniciar una investigación de otro lado se debe considerar que si una persona tiene que declarar, en la policía judicial tiene que estar acompañado de su abogado.

SC 0175/2010-R Supuestos de arresto policial

“...la Policía puede arrestar conforme a la norma prevista por el art. 225 del CPP,

cuando concurren las circunstancias siguientes: i) En el primer momento de la investigación sea imposible individualizar a los autores, partícipes y testigos; y, ii) Se deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación”.

Arresto, y sus diferencias **SC 1704/2004-R DE 22 de octubre.**

Arresto ilegal **SC 1067/2005-R DE 5 DE SEPTIEMBRE.**

Arresto, como medida preventiva **1996/2002-R de 18 de noviembre.**

Arresto legal. Flagrancia **SC 0486/2003-R de 14 de abril.**

APREHENSION POR LA POLICÍA

SC 0175/2010-R Supuestos de aprehensión policial

“...el art. 227 del CPP, faculta a la Policía a aprehender en los casos siguientes: a) Cuando la persona haya sido sorprendida en flagrancia ante la concurrencia de uno de los supuestos contenidos en el art. 230 del CPP; b) En cumplimiento de mandamiento de aprehensión librado por juez o tribunal competente; c) En cumplimiento de una orden emanada del fiscal; y, d) Cuando la persona se haya fugado estando legalmente detenida”.

APREHENSIÓN POR LA FISCALIA.-

La fiscalía puede expedir un mandamiento de aprehensión según se lo permite los Arts. 224 y 226 del CPP. En primer lugar si un fiscal emite una citación en contra de una persona en el término que se le fija y si el fiscal considera que es necesaria su presencia para la investigación que está efectuando puede expedir como consecuencia de ello un mandamiento de aprehensión.

De otro lado debemos considerar que el Art. 226 del mismo cuerpo de leyes establece la posibilidad de aprehensión directa por parte del fiscal, bajo determinados requisitos: que se trate de un delito de acción pública, que existan indicios de que sea autor o partícipe de un determinado delito, que el delito esté sancionado con una pena privativa de libertad cuyo mínimo legal sea igual o superior a los dos años, finalmente de que la persona puede fugarse u ocultarse u obstaculizar la averiguación de la verdad. En otras palabras las facultades que tiene el fiscal para ordenar un mandamiento de aprehensión se encuentran restringidas ya que muchos de los delitos tipificados en el Código Penal tienen un mínimo de un año, es decir en esos casos sería improcedente un mandamiento de aprehensión; de otro lado a la fiscalía se le hace difícil establecer los casos en los cuales pueda fugarse u obstaculizar la causa una determinada persona.

Una vez efectuada la aprehensión, el fiscal deberá poner en conocimiento del Juez de Instrucción en lo Penal al aprehendido a efectos de la aplicación de las correspondientes medidas cautelares el término es de 24 horas. El legislador al haber establecido las 24 horas tuvo en consideración el Pacto de San José Art. 7 Inc. 5. A éste propósito debemos afirmar que ni la policía ni el fiscal pueden ordenar la libertad de una persona que se encuentra aprehendida, en caso de que el fiscal no haya solicitado la aplicación de una medida cautelar dentro las 24 horas el juez de oficio o a solicitud de la parte afectada puede disponer su inmediata libertad por constituirse ya un detención ilegal según reza el Art. 303 del C.P.P.

SCP 1508/2002, reiterada por innumerables sentencias. REQUISITOS PARA LA APREHENSIÓN FISCAL

El art. 226 del CPP "...permite -aunque no lo diga expresamente- la aprehensión directa del imputado, sin necesidad de citación previa de comparendo, en la persecución de aquellas acciones delictivas que por su gravedad lesionan los intereses y bienes jurídicos vitales y fundamentales para la vida y desarrollo del individuo y la comunidad; todos ellos destinados a la protección de la vida y la integridad corporal, la seguridad del Estado, la función pública, la seguridad común, la familia, la libertad sexual y la propiedad (en los casos de agravación previstos en el Código Penal); siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) Que la presencia del imputado sea necesaria para la investigación; 2) Que existan suficientes indicios de que es autor o partícipe de un delito de acción pública, sancionado con pena privativa de libertad, cuyo mínimo legal sea igual o superior a dos años, mínimo contemplado en pocos delitos y 3) Que el imputado pueda ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar u obstaculizar la averiguación de la verdad, requisito que debe tomar en cuenta las circunstancias y la concurrencia de indicios establecidos en los arts. 234 y 235 del CPP (...)"

Dicha aprehensión será conforme a derecho "...cuando se presenten en forma conjunta los requisitos descritos por el art. 226 de la norma procesal aludida. Esto determina que el fiscal de manera inexcusable debe fundamentar debidamente la existencia de los tres requisitos para que la medida a adoptarse esté amparada por ley; su incumplimiento determina que se esté frente a una acción arbitraria o de hecho que lesiona las garantías del debido proceso y la seguridad jurídica procesal (...)".

2. IMPROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

El CPP establece los casos en los cuales por ningún motivo se puede dictar una detención preventiva los mismos que se encuentran claramente regulados en el Art. 232 de la ley 1970, en primer lugar todos los delitos de acción privada como ser el giro de cheque en descubierto, delitos contra el honor, despojo etc, nunca ameritan una detención preventiva, solamente se pueden dictar medidas sustitutivas a la detención preventiva en aplicación del

Art. 240 de la norma citada, el problema estriba en lo siguiente ¿qué ocurre cuando un imputado no cumple con las medidas sustitutivas a la detención se puede aplicar el Art. 245?, la respuesta es categórica nunca puede merecer una detención preventiva una persona a la cual le sigue un proceso penal por un delito de acción privada.

Otra situación es aquella en la cual los delitos están tipificadas con una pena privativa de libertad cuyo máximo legal es inferior a los tres años, el problema que causó esta disposición es que se interpretó que la improcedencia no comprendía a los delitos con penas máximas de 3 años como el hurto; sin considerar que la norma establecía menores a los tres años, por lo que los delitos con penas privativas de libertad de 3 años pueden ser beneficiados con la suspensión condicional de la pena. Este entendimiento fue establecido por la SCP 495/2016-S3 de 27 de abril, que cambió la línea jurisprudencial contenida en las SSCC 634/01-R, 0294/2003 y 0003/2004-R.

SCP 495/2016-S3 IMPROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN AQUELLOS DELITOS CUYA MÁXIMO LEGAL SEA IGUAL A TRES AÑOS

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

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

El presente entendimiento constituye un cambio de línea de las SSCC 634/01-R,

0294/2003 y 0003/2004-R”.

Finalmente en los casos de una mujer embarazada o que tenga hijos en lactancia menores de un año, corresponde aplicar medidas sustitutivas, toda vez que la detención preventiva sólo procederá cuando no exista la posibilidad de aplicar otra medida alternativa. Sobre este tema la jurisprudencia constitucional ha establecido que la detención preventiva sólo procede cuando exista estricta necesidad. A continuación un resumen de las principales líneas jurisprudenciales

Exhortación a las autoridades jurisdiccionales para que éstas cumplan con su rol de garantes primarios de los derechos fundamentales, más aún, si eventualmente estuvieran en riesgo la vida de una mujer embarazada y del nasciturus. **SCP 193/2012**

La detención preventiva de mujeres embarazadas y de madres durante la lactancia de hijos menores de un año sólo procederá cuando no exista ninguna posibilidad de aplicar otra medida alternativa, siendo indiferente el momento o el lugar de la concepción, sino únicamente la acreditación de su estado ante la autoridad jurisdiccional a cargo del proceso para su valoración de acuerdo a los elementos particulares de cada caso. **SCP 1536/2013**

Sustentar que el embarazo de una mujer es un elemento en virtud del cual pueda concluirse la voluntad de la procesada de no someterse al proceso penal, implica una motivación subjetiva y carente de razonabilidad. **SCP 1536/2013**

Cuando se trate de mujeres en periodo de lactancia con detención preventiva, excepcionalmente es posible activar la acción de libertad para lograr el cumplimiento de resoluciones judiciales. **SCP 2056/2013**

3. LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y SUS REQUISITOS

Los elementos necesarios que debe observar un juez para dictar una medida de detención preventiva son los siguientes: Debe tratarse de un delito de acción pública, tiene que existir previamente una imputación formal emitida por la fiscalía, y la solicitud fundada de aplicación de medida cautelar que puede ser de la parte querellante o del fiscal, sin embargo deben concurrir los siguientes otros requisitos: Elementos de convicción para sostener que el imputado es, con probabilidad autor o participe de un hecho punible y los elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad . Todos estos requisitos se encuentran determinados en el Art. 233 del Código de Procedimiento Penal.

En síntesis para que un juez proceda a la detención preventiva tiene que tener en cuenta lo siguiente 1) Que exista una imputación formal 2) que el fiscal requiera por la detención o a

contrario sensu lo haga el querellante, 3) Elementos de convicción de que el imputado es con probabilidad partícipe o autor del delito, 4) Elementos de convicción de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará el mismo. Cabe aclarar que es suficiente uno de ellos es decir la obstaculización o el peligro de fuga. En consideración a todo lo expuesto supra llegamos a la conclusión que ya nunca más se procederá a la detención preventiva de oficio, el Juez nunca más podrá detener sin que exista solicitud. “expresa y fundada” que demuestre la necesidad de aplicar medida cautelar al imputado.

A continuación se copia un extracto de la SCP 0276/2018-S2 de 25 de junio de 2018, que a partir de la jurisprudencia constitucional anterior, establece las condiciones de validez para la restricción del derecho a la libertad física o personal, que se resumen:

SCP 276/2018-S2

III.1. Las condiciones de validez para la restricción del derecho a la libertad física o personal

La Constitución Política del Estado otorga especial énfasis a la protección del derecho a la libertad, en cuyos arts. 22 y 23, establece sus garantías y regula el trato a los privados de libertad. Así el citado art. 23.I señala: “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. La libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica en la actuación de las instancias jurisdiccionales”.

Efectivamente, de acuerdo a la Norma Suprema, la libertad personal puede ser restringida; empero, en el marco de un Estado Constitucional, respetuoso de los derechos fundamentales, dicha restricción no es la regla, sino la excepción. Por ello, tanto la Ley Fundamental como el Código de Procedimiento Penal, establecen requisitos para el efecto; en ese sentido, el art. 23.III de la CPE indica que: “Nadie podrá ser detenido, aprehendido o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la ley. La ejecución del mandamiento requerirá que éste emane de autoridad competente y que sea emitido por escrito” (las negrillas nos corresponden); de donde se desprenden las condiciones de validez material y formal para la restricción del derecho a la libertad; pues ésta únicamente puede ser limitada: i) En los casos previstos por ley; y, ii) Según las formas establecidas por ley; conforme lo entendió la SC 0010/2010-R de 6 de abril, que a partir de los arts. 23.I y II de la CPE; 9.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y, 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sostuvo:

De las normas glosadas, se concluye que para que una restricción al derecho a la libertad sea constitucional y legalmente válida, se deben cumplir con determinados

requisitos materiales y formales. Respecto a los primeros, sólo se puede restringir el derecho a la libertad en los casos previstos por Ley, que de acuerdo a la Opinión Consultiva (OC) 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe tratarse de una Ley formal, es decir de aquella que emana del órgano legislativo. Con relación a los requisitos formales, la restricción al derecho a la libertad sólo será válida si se respetan las formas establecidas por ley, si el mandamiento emana de autoridad competente y es emitido por escrito, salvo el caso de flagrancia, de conformidad a lo establecido por el art. 23.IV de la CPE.

Estas condiciones de validez, también han sido desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así en la Sentencia de 21 de enero de 1994, caso Gangaram Panday, la Corte señaló: ...Nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).

En ese sentido, la libertad individual no está concebida como un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, del propio texto constitucional puede establecerse que en determinados supuestos, ese derecho fundamental es susceptible de limitación; empero, los casos en que la misma tenga lugar, han de venir fijados por la ley, siendo claro, que tratándose de la libertad personal, la Constitución Política del Estado establece una estricta reserva legal.

En ese entendido, se concluye que en materia penal, los casos en los que una persona puede ser privada de su libertad están expresamente previstos en el Código Penal tratándose de sanciones penales; y, en el Código de Procedimiento Penal en caso de medidas cautelares, entre ellas la detención preventiva; en cuanto a las formalidades que deben observarse para la privación de libertad de una persona, las mismas también se encuentran establecidas en el último Código citado.

Conforme a lo anotado, el motivo para que la privación de la libertad sea previamente definida por la ley y con las formalidades legales, no es otra cosa que la realización del principio de legalidad; en virtud del cual, no puede haber delito sin ley que lo defina, tampoco pena sin ley que lo determine ni medidas cautelares no autorizadas por el legislador; principio que exige a toda y todo servidor público el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador en especial a las autoridades judiciales, quienes conforme a la Constitución Política del Estado y la ley, pueden ordenar la privación de libertad de un individuo por los motivos señalados por ley y observando las formalidades legales, respetando la dignidad personal.

La intervención de la autoridad judicial se constituye en una garantía de la libertad, pues el juez está llamado a velar por el cumplimiento y efectividad de los mandatos constitucionales y legales en cada caso en particular. La libertad encuentra solo en la

ley su posible límite, y en el juez, su legítimo garante en función de la autonomía e independencia que la Norma Suprema reconoce a sus decisiones, precisamente porque es esta autoridad judicial a quien le está encomendada la tarea de ordenar la restricción del derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley, de la misma manera que es a él, a quien corresponde controlar las condiciones en las que esa se efectúa y mantenga.

III.1.1. Sobre la validez de la detención preventiva: Principio de legalidad, especial referencia a las condiciones materiales de validez de la privación de libertad, la carga argumentativa y probatoria

Conforme se señaló, toda privación de libertad, debe cumplir con los requisitos formales y materiales. Respecto al requisito formal, la restricción del derecho a la libertad solo será válida si se respetan las formas establecidas por ley, es decir, si el mandamiento emana de autoridad competente y es emitido por escrito, salvo el caso de flagrancia.

Con relación al requisito material, la privación de libertad solo será válida por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley. En ese sentido, para la aplicación de la medida cautelar de detención preventiva, el juez debe partir de la consideración que las medidas cautelares de carácter personal no equivalen a una sentencia condenatoria ni pueden ser confundidas con penas, son simples cautelas que pueden dictarse con carácter excepcional, preventivo pero no sancionatorio, cuando se reúnan de manera estricta los requisitos fácticos o jurídicos señalados por la ley para el efecto y resulten indispensables para alcanzar la finalidad que con ella se persigue, como es, la comparecencia del imputado al proceso.

En ese sentido, la medida cautelar de detención preventiva que importa la afectación del derecho a la libertad del imputado, debe ser dispuesta por la autoridad judicial competente, previa verificación de requisitos establecidos por ley, con la indispensable justificación de su necesidad y finalidad.

Al efecto, estas condiciones están establecidas en nuestra norma procesal penal, específicamente en el art. 233 del CPP que recoge estas exigencias, al señalar que 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 partícipe 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.

La consideración del primer requisito debe responder a la existencia de evidencia física y material, que genere un mínimo de credibilidad que permita al juez inferir

razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, lo cual impide que la autoridad judicial funde su determinación en presunciones.

Al respecto, la Corte IDH establece que: “...deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga” [1]. Sobre el mismo tema, la Corte Europea de Derechos Humanos hace referencia a sospechas razonables, fundadas en hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo, que el encausado pudo haber cometido una infracción. La Corte IDH, determinó que tal sospecha: “...tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas” [2].

La consideración de este requisito es la primera actividad que debe desarrollar el juez en la audiencia de consideración de la medida cautelar de detención preventiva, escuchando al efecto el argumento del fiscal y someterlo al contradictorio para determinar si en el caso concreto concurre este primer requisito, pues solo cuando esto sucede, se puede pasar al análisis del segundo.

Asimismo, la previsión del numeral 1 del art. 233 del CPP, debe ser interpretada y comprendida conforme a la Constitución Política del Estado, en concreto, de acuerdo a la garantía de la presunción de inocencia; habida cuenta que, la imputación formal no constituye base para determinar la culpabilidad o la inocencia del sujeto; por lo tanto, a más que la aplicación de medidas cautelares de carácter personal, surja de la acreditación de una presunta participación o autoría, dicho concepto -probable autoría o participación- debe emerger de una valoración armónica e integral de elementos de juicio que sean objetivos y concretos; y no ser, el resultado de la mera imaginación del juzgador ni de la parte acusadora.

Con relación al segundo requisito previsto en el numeral 2 del art. 233 del CPP, referido a la existencia de elementos de convicción suficientes que el imputado no se someterá al proceso -riesgo de fuga- u obstaculizará la averiguación de la verdad -riesgo de obstaculización-. En el mismo marco de las consideraciones precedentes, corresponde al acusador o víctima demostrar su concurrencia, es decir, que el acusador en audiencia, debe explicar cuál es el riesgo procesal que se presenta, y si es más de uno, deberá identificar cuáles son ellos, así como las circunstancias de hecho de las que deriva; y finalmente, indicar por qué la medida cautelar de detención preventiva que solicita, permitiría contrarrestar el riesgo procesal.

El riesgo procesal debe ser acreditado por la parte acusadora, pues no puede presumirse, tampoco considerarse en abstracto ni con la mera cita de la disposición legal; el Ministerio Público debe ir a la audiencia con evidencia que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad. Así por ejemplo, el acusador debe llevar a la audiencia la información que permita sostener que el

imputado no tiene domicilio fijo y luego argumentar cómo se deriva de ese extremo la existencia del peligro de fuga, no basta señalar que no tiene domicilio, es necesario justificar cómo esa circunstancia implica el peligro de fuga.

En ese contexto, ningún peligro procesal debe estar fundado en meras suposiciones; lo cual implica que, si la autoridad judicial funda su decisión en supuestos como ser “que el imputado en libertad 'podría' asumir una determinada conducta” -propia del peligro de fuga y obstaculización-, tal argumento no satisface la exigencia de una debida motivación ni constituye una explicación apropiada para determinar la aplicación de alguna medida cautelar de carácter personal; por cuanto, el juzgador debe asumir absoluta convicción para establecer la concurrencia o no, de un determinado riesgo procesal; es decir, le corresponde a la autoridad judicial con base a lo argumentado por el acusador y lo sostenido por la defensa en el contradictorio, definir si existe o no algún peligro procesal; por consiguiente, lo que no le está permitido, es decidir respecto a la situación jurídica sobre la base de probabilidades -podría o no podría-. En tal sentido, si la decisión judicial se base en meras presunciones de concurrencia o no, de los presupuestos previstos en las normas procesales referidas anteriormente, vulnera el debido proceso del imputado.

La jurisprudencia constitucional, respecto a la prohibición de fundar la aplicación de medidas cautelares en meras suposiciones, precisó que si bien la autoridad judicial está facultada para evaluar las circunstancias que hagan presumir el peligro de fuga y obstaculización de manera integral; empero:

...debe fundar su determinación en las pruebas y tomando en cuenta todas las circunstancias previstas por la Ley; corresponde al acusador probar y demostrar la concurrencia de esas circunstancias previstas en las normas precedentemente señaladas, no siendo suficiente la mera referencia y presunción de que concurren las mismas, pues por determinación del art. 16-II y 6 del CPP, se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad (SC 1635/2004-R de 11 de octubre).

El entendimiento anterior, fue reiterado en las SSCC 1747/2004-R, 0001/2005-R, 0129/2007-R, 0514/2007-R, 0670/2007-R, 0040/2010-R, 1048/2010-R, 1154/2011-R y 1813/2011-R, entre otras.

III.1.2. La fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, especial mención al tribunal de apelación

La fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales son componentes del debido proceso y se constituyen en un deber constitucional, en la medida que no es posible controvertir una decisión judicial, si en ésta no se dan a conocer las razones de su determinación.

Dentro de las garantías propias del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, se encuentran también las de ejercer el derecho a la defensa y las de recurrir las sentencias judiciales. Ahora bien, para poder impugnar un fallo judicial, es necesario conocer cuáles fueron las razones que condujeron al juez a dictar la sentencia que se controvierte, mismas que deben referirse a los hechos, las pruebas y a los fundamentos jurídicos en los que se apoya la decisión. Si esas razones no son públicas, la persona no podrá esgrimir contra la resolución más que argumentos generales, que repetirían lo que él ya habría señalado en el transcurso del proceso. Precisamente, entre los fines del deber de motivar las sentencias, se encuentra el de facilitarle al imputado la posibilidad de impugnar una resolución judicial.

Respecto a la medida cautelar de detención preventiva, la resolución que pronuncie el juez, debe fundamentar la existencia de los requisitos formales, así el art. 236 del CPP exige que la resolución debe estar debidamente motivada sobre los presupuestos que dieron lugar a su determinación.

En ese ámbito, respecto a la motivación de la resolución que disponga la detención preventiva, la Corte IDH, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, estableció específicamente que toda decisión por medio de la cual se restrinja el derecho a la libertad personal mediante la aplicación de la prisión preventiva, deberá contener una motivación suficiente que permita evaluar si tal detención se ajusta a las condiciones necesarias para su aplicación -indicios razonables que vinculen al acusado, fines legítimos, aplicación excepcional, y criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad-[3].

Por su parte, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SC 0012/2006-R de 4 de enero, explicó la necesidad constitucional de motivar las resoluciones que disponen la detención preventiva, como las que rechazan el pedido de su imposición y las que la modifican, sustituyen o revocan, al señalar lo siguiente:

La motivación de los fallos judiciales está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz, consagrados en el art. 16.IV Constitucional, y se manifiesta como el derecho que tienen las partes de conocer las razones en que se funda la decisión del órgano jurisdiccional, de tal manera que sea posible a través de su análisis, constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria; sin embargo, ello no supone que las decisiones jurisdiccionales tengan que ser exhaustivas y ampulosas o regidas por una particular estructura; pues se tendrá por satisfecho este requisito aun cuando de manera breve, pero concisa y razonable, permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al Juez a tomar la decisión; de tal modo que las partes sepan las razones en que se fundamentó la resolución; y así, dada esa comprensión, puedan también ser revisados esos fundamentos a través de los medios impugnativos establecidos en el ordenamiento; resulta claro que la fundamentación es exigible

tanto para la imposición de la detención preventiva como para rechazarla, modificarla, sustituirla o revocarla.

Más tarde, la SC 0089/2010-R de 4 de mayo, sobre la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales estableció que éstas deben expresar las razones de hecho y derecho en que se basa su convicción y el valor que otorga a los medios de prueba que presenten las partes, aclarando que esa fundamentación no puede ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes, señalando lo siguiente:

...la autoridad judicial competente, para adoptar la decisión de aplicar la detención preventiva, de una parte, está obligado a verificar y determinar la concurrencia de los requisitos mencionados por el art. 233 CPP, para lo que deberá contrastar 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 CPP; de otra parte, deberá fundamentar en derecho la decisión de aplicar la medida cautelar de carácter personal, pues tomando en cuenta que uno de los principios fundamentales inherentes al Estado Democrático de Derecho es la motivación de las decisiones de las autoridades públicas, el juez está obligado a expresar los motivos de hecho y de derecho en que se basa su convicción determinativa de la concurrencia de los requisitos, así como el valor otorgado a los medios de prueba, esa fundamentación no puede ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; de modo que está obligado a expresar los presupuestos jurídicos que motivan la medida, con cita de las normas legales aplicables y la descripción clara y objetiva de los elementos de convicción concurrentes.

Por otra parte, el deber de fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales también atañe a los tribunales de apelación; sobre el particular, la jurisprudencia constitucional recalcó la importancia de que éstos sustenten sus decisiones, debido a que en los hechos, hacen una revisión de la resolución del inferior, teniendo especial importancia la del tribunal de apelación que revisa una determinación que impuso una medida cautelar, que la revocó, la modificó, la sustituyó u ordenó la cesación de una detención preventiva, por su vinculación con los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia.

Al respecto la SC 0782/2005-R de 13 de julio reiterada, entre otras, por la SCP 0166/2013 de 19 de febrero, señaló que:

...la exigencia de pronunciar una resolución motivada en la que se establezca la concurrencia de los requisitos de validez para determinar la detención preventiva, entendiendo por motivo fundado a aquél conjunto articulado de hechos que permiten inferir de manera objetiva que la persona imputada es probablemente

autora de una infracción o participe de la misma y que existe riesgo de fuga y/u obstaculización de la averiguación de la verdad no sólo alcanza al juez cautelar, sino también al tribunal que conozca en apelación la resolución que disponga, modifique o rechace las medidas cautelares, toda vez que si bien de conformidad con el art. 251 del CPP, las medidas cautelares dispuestas por el juez cautelar, pueden ser apeladas y, por lo mismo, modificadas, ello no significa que el tribunal de apelación cuando determine disponer la detención preventiva, esté exento de pronunciar una resolución lo suficientemente motivada, en la que se exprese la concurrencia de los dos requisitos que la ley impone para la procedencia de esa medida cautelar.

Consecuentemente, el Tribunal de apelación, está obligado a motivar y fundamentar su Resolución, precisando los elementos de convicción que le permiten concluir en la necesidad de revocar las medidas sustitutivas y aplicar la detención preventiva; a cuyo efecto debe también justificar la concurrencia de los presupuestos jurídicos exigidos por el art. 233 del CPP y una o varias de las circunstancias establecidas por los arts. 234 y 235 del CPP, mediante una resolución debidamente fundamentada, conforme exige el art. 236 del CPP, puesto que sólo cuando se han fundamentado debidamente estas dos situaciones, se puede disponer la detención preventiva.

Recogiendo dichos entendimientos, la SCP 0077/2012 de 16 de abril[4] señala que el art. 398 del CPP establece que los tribunales de alzada deben circunscribirse a los aspectos cuestionados de la resolución; empero, ello no implica que se encuentren eximidos de la obligación de motivar y fundamentar la resolución por la cual deciden imponer la medida cautelar de detención preventiva, revocarla, sustituirla o disponer la cesación; quedando igualmente obligados a expresar la concurrencia de los presupuestos que la normativa legal prevé.

En tal sentido, el tribunal de alzada al momento de conocer y resolver recursos de apelación de la resolución que disponga, modifique o rechace medidas cautelares o determine la cesación o rechace ese pedido, deberá precisar las razones y elementos de convicción que sustentan su decisión; expresando de manera motivada la concurrencia de los presupuestos jurídicos exigidos, no pudiendo ser justificada su omisión por los límites establecidos en el art. 398 del CPP.

Cuando se trata de la protección del derecho a la libertad personal por medio del recurso de apelación de la medida cautelar, el análisis del tribunal de apelación no puede reducirse a una mera formalidad, sino, debe examinar las razones invocadas por el accionante y manifestarse expresamente sobre cada una de ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos en el punto anterior, debiendo señalar fundadamente los motivos por los que considera que efectivamente se dan los riesgos procesales previstos por el art. 233 del CPP.

En todo caso, el tribunal de apelación debe realizar una revisión integral del fallo del juez que impuso la medida cautelar, considerando los motivos de agravio que

fundamentan el recurso de apelación, los argumentos de contrario, analizar y valorar fundadamente las pruebas que se traen a consideración del tribunal de apelación, para finalmente en su determinación, expresar las circunstancias concretas de la causa que le permiten presumir fundadamente la existencia de los riesgos procesales que justifican se mantenga la detención preventiva, no es posible un rechazo sistemático de la solicitud de revisión, limitándose a invocar, por ejemplo, presunciones legales relativas al riesgo de fuga.

El tribunal de apelación, no puede limitarse a invocar presunciones legales relativas a los riesgos procesales u otras normas que de una forma u otra, establecen la obligatoriedad del mantenimiento de la medida. Si a través del fundamento de la resolución, no se demuestra que la detención preventiva de la persona es necesaria y razonable para el cumplimiento de sus fines legítimos, la misma deviene en arbitraria.

Es importante mencionar en este punto a algunas sentencias que han efectuado un razonamiento específico para la aplicación de la detención preventiva a determinadas personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria:

SCP 10/2018-S2 ADULTOS MAYORES

III.4. Criterios para la aplicación de la detención preventiva de personas adultas mayores

Considerando los criterios antes anotados; y en especial, la obligación estatal de generar enfoques específicos para considerar las situaciones de discriminación múltiple, referidas en los Fundamentos Jurídicos desarrollados precedentemente, las autoridades judiciales en la consideración de la aplicación de la medida cautelar de detención preventiva para una persona adulta mayor, deben efectuar: a) Una valoración integral de la prueba con carácter reforzado; y, b) Un análisis de la aplicación de la medida cautelar a partir del principio de proporcionalidad, en el que se analicen las particulares condiciones de las personas adultas mayores.

En cuanto a la valoración de la prueba con carácter reforzado, la autoridad judicial está compelida a:

a.1) Analizar todos los elementos probatorios desde una perspectiva diferenciada, esto es en función al contexto y realidad social del adulto mayor, tomando en cuenta sus limitaciones y afectaciones propias de su edad, principalmente precautelando su salud e integridad física; de ahí que la tarea intelectual en la compulsión de elementos aportados por las partes procesales que pretendan acreditar o desvirtuar posibles riesgos procesales, deben ser valorados de forma amplia, favorable y no restrictiva o perjudicial, evitando formalismos y exigencias de imposible cumplimiento para las personas adultas mayores, pues en su mayoría se encuentran enfermas,

laboralmente inactivas, sin patrimonio y muchas veces sin un entorno familiar; circunstancias últimas que de ninguna manera, pueden servir de fundamento en una resolución para acreditar o mantener subsistentes riesgos procesales; pues de hacerlo se incurriría en una falta evidente de razonabilidad y equidad por parte de la autoridad; y,

a.2) Analizar los riesgos procesales de fuga y obstaculización previstos en el art. 233.2 del CPP, efectuando exigencias mínimas respecto a las circunstancias descritas en dicha norma, en especial las contenidas en el art. 234 del CPP.

Respecto al análisis de la medida cautelar a partir del principio o test de proporcionalidad, la autoridad judicial debe analizar:

b.1) Si la detención preventiva es idónea o adecuada para la finalidad buscada con dicha medida; es decir, asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley,

b.2) Si la detención preventiva es necesaria o existen otras medidas menos graves, que restrinjan en menor medida el derecho fundamental, que podrían ser adoptadas en el caso concreto para alcanzar la finalidad perseguida, considerando la especial situación de vulnerabilidad de las personas adultas mayores; y por ende, interpretando la necesidad de la medida de manera restrictiva, tomando en cuenta en todo momento su dignidad y el mandato convencional que promueve la adopción de medidas cautelares diferentes a las que impliquen privación de libertad; y,

b.3) La proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en analizar si la afectación, restricción o limitación al derecho fundamental no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen con tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida; debiendo considerarse todas las consecuencias que la medida cautelar conlleva, tomando en cuenta la agravación de las condiciones de vulnerabilidad de las personas adultas mayores.

SCP 394/2018-S2 CRITERIOS A CONSIDERAR PARA ANALIZAR EL PELIGRO EFECTIVO PARA LA VÍCTIMA EN DELITOS RELACIONADOS A VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

III.2. Sobre el riesgo procesal de fuga de peligro efectivo para la víctima o el denunciante en delitos relacionados a violencia contra la mujer

La detención preventiva es una medida restrictiva de la libertad personal, dispuesta de manera excepcional y provisional por autoridad jurisdiccional competente, mediante resolución fundamentada, sustentada en la necesidad de evitar la fuga del imputado, asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y el cumplimiento de la ley, donde se garantiza la presunción de inocencia .

La finalidad de la detención preventiva es netamente instrumental o procesal, para:

i) Asegurar la averiguación de la verdad -arts. 23. I de la CPE; y, 221 y 235 del CPP-; ii) Asegurar el desarrollo del proceso -arts. 23. I de la CPE; y, 221 y 235 del

CPP-; iii) Asegurar la aplicación de la ley -art. 221 de CPP-; y, iv) Asegurar la presencia del imputado -art. 234 del CPP-.

Ahora bien, para la aplicación de la restricción excepcional del derecho a la libertad personal del imputado, en calidad de detenido preventivo, en nuestro ordenamiento jurídico, se establece que deben concurrir de manera simultánea los dos requisitos previstos en los numerales 1 y 2 del art. 233 del CPP, referidos a la probabilidad de la participación del imputado y los peligros de fuga u obstaculización.

El segundo requisito, referido al peligro de fuga y obstaculización, se encuentra contemplado en el numeral 2 del art. 233 del CPP, que refiere: “La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad”, previstos en los art. 234 y 235 del referido Código. Sobre el peligro de fuga, el art. 234 del CPP, dispone que: “Por peligro de fuga se entiende a toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia”; el mismo artículo, establece que para decidir acerca de la concurrencia de estas circunstancias, debe efectuarse una evaluación integral sobre ellas, entre las que se encuentra, el contenido del numeral 10, respecto al peligro efectivo para la víctima o el denunciante.

Sobre esta circunstancia, la jurisprudencia constitucional contenida en la SCP 0056/2014 de 3 de enero -que declaró la constitucionalidad del art. 234.10 del CPP-, señaló en el Fundamento Jurídico III.5.3, que:

En definitiva, el peligro relevante en materia penal al que hace referencia la norma demandada, es la posibilidad de que la persona imputada cometa delitos, pero no el riesgo infinitesimal al que se refiere Raña y descrito en el Fundamentos Jurídicos III.3 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, sino el riesgo emergente de los antecedentes personales del imputado por haberse probado con anterioridad que cometió un delito, lo que genera una probabilidad adicional de delinquir; más, esa situación es similar a la establecida en el art. 234.8 del CPP, referido a: “La existencia de actividad delictiva reiterada o anterior”; empero, aunque parecida no es similar, encontrando diferencia puesto que la norma demandada adicionalmente precisa que la situación de peligrosidad sea efectiva, mientras que la del art. 234.8 del CPP, precisa antecedentes criminales reiterados; en ese orden, es también necesario comprender la efectividad de la peligrosidad exigida por la norma demandada.

El concepto “efectivo” que se debe adicionar a la peligrosidad para que opere como fundamento de la detención preventiva por peligro de fuga, hace alusión, según el diccionario jurídico que utiliza este Tribunal, a un apeligro existente, real o verdadero, como contraposición a lo pretendido, dudoso, incierto o nominal; es decir a un peligro materialmente verificable, más allá del criterio subjetivo del juez, que puede ser arbitrario, por ello supone la asistencia de elementos materiales

comprobables en la situación particular concreta desde la perspectiva de las personas y los hechos, por ello se debe aplicar bajo el principio de la razonabilidad y la proporcionalidad, no encontrando en ello ninguna inconstitucionalidad por afectación del debido proceso o de la presunción de inocencia consagrados constitucionalmente.

En consecuencia, el peligro efectivo, encuentra justificación en la necesidad de imponer medidas de seguridad a las personas que hubieran sido encontradas culpables de un delito anteriormente, pero no le sindicaba como culpable del ilícito concreto que se juzga, ni provoca que en la tramitación del proceso sea culpable del presunto delito cometido.

Conforme a dicho entendimiento, el peligro efectivo para la víctima o el denunciante debe ser materialmente verificable, lo que supone la existencia de elementos comprobables respecto a la situación concreta de las víctimas. Conforme a ello, en el marco de las normas internacionales e internas glosadas en el anterior Fundamento Jurídico III.1 y desde una perspectiva de género, en los casos de violencia contra las mujeres, corresponderá que la autoridad fiscal y judicial, considere la situación de vulnerabilidad o desventaja, en la que se encuentre la víctima o denunciante respecto al imputado; las características del delito, cuya autoría se atribuye al imputado; y, la conducta exteriorizada por éste, contra la víctima o denunciante, antes y con posterioridad a la comisión del delito, para determinar si la misma puso y pone en evidente riesgo de vulneración, los derechos, tanto de la víctima como del denunciante.

Conforme a ello, las medidas orientadas a desvirtuar los peligros de fuga, como la contenida en el art. 234.10 del CPP -peligro efectivo para la víctima o el denunciante-, de ninguna manera deben significar una revictimización; en ese sentido, tanto las autoridades fiscales como judiciales, deben considerar que la solicitud de garantías personales o mutuas, que en muchos casos, son pedidas por los imputados para desvirtuar el riesgo de fuga antes mencionado, se constituyen en medidas revictimizadoras, porque las víctimas tienen que enfrentarse con su agresor; pero además, a través de las mismas, se desnaturaliza la protección que el Estado debe brindar a las mujeres víctimas de violencia; pues, en todo caso, son ellas las que, en el marco del art. 35 de la Ley 348, tienen el derecho de solicitar las medidas de protección pertinentes, las cuales, de acuerdo con el art. 32.I de la citada Ley, tienen la finalidad de: "...interrumpir e impedir un hecho de violencia contra las mujeres, o garantizar, en caso de que éste se haya consumado, que se realice la investigación, procesamiento y sanción correspondiente".

Consiguientemente, a partir de todo lo explicado, en el marco de las medidas de protección exigidas al Estado boliviano, por las normas nacionales e internacionales, las autoridades fiscales y judiciales, deben considerar que:

- a) En los casos de violencia contra las mujeres, para evaluar el peligro de fuga contenido en el art. 234.10 del CPP, deberá considerarse la situación de vulnerabilidad o de desventaja en la que se encuentren la víctima o denunciante respecto al imputado; así como las características del delito, cuya autoría se atribuye al mismo; y, la conducta exteriorizada por éste contra las víctimas, antes y con posterioridad a la comisión del delito, para determinar si dicha conducta puso y pone en evidente riesgo de vulneración, los derechos tanto de la víctima como del denunciante;
- b) De manera específica, tratándose del delito de trata de personas, deberá considerarse la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas que sufrieron engaño, fraude, violencia, amenaza, intimidación, coerción, abuso de autoridad, o en general, ejercicio de poder sobre ellas; y,
- c) En casos de violencia contra las mujeres, la solicitud de garantías personales o garantías mutuas por parte del imputado, como medida destinada a desvirtuar el peligro de fuga previsto en el art. 234.10 del CPP, se constituye en una medida revictimizadora, que desnaturaliza la protección que el Estado debe brindar a las víctimas; pues, en todo caso, es ella y no el imputado, la que tiene el derecho, en el marco del art. 35 de la Ley 348, de exigir las medidas de protección que garanticen sus derechos.

4. CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Los Autos Interlocutorios que disponen la detención preventiva no causan estado ni son definitivos, puesto que pueden ser revisados por las parte y también de oficio por el propio juez o tribunal que conozca la causa, en ésta tesitura, el Art. 239 del Código Adjetivo modificado por la ley 586 (Ley de Descongestionamiento Penal) dispone las situaciones en las cuales puede cesar la detención preventiva es decir *1.- Cuando nuevos elementos demuestren que no concurren los motivos que la fundaron. 2.- Cuando tornen conveniente que sea sustituida por otra medida; 3.- Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga; 4.- Cuando su duración exceda de doce (12) meses sin que se haya dictado acusación o de veinticuatro (24) meses sin que se hubiera dictado sentencia, excepto en delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, asesinato, violación a infante, niña, niño, adolescente, e infanticidio. 5.- Cuando la persona privada de libertad acredite que se encuentra con enfermedad terminal.*

En relación a la primera y segunda posibilidad, “Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron” o “tornen conveniente que sea sustituida otra medida”, es decir si los elementos que dieron lugar a la detención preventiva

han desaparecido también debería desaparecer la detención preventiva, lo accesorio debe seguir a lo principal que es la libertad, si las causas por las cuales se dispuso una detención preventiva desaparecen también debe desaparecer la detención preventiva. Este caso se mantiene únicamente hasta que no exista una sentencia

La otra situación está relacionada con el mínimo legal de la pena, es decir cuando el término de detención preventiva supera al mínimo legal el imputado debe ser puesto en libertad. Para que la medida cautelar de detención preventiva no se convierta en un a pena anticipada.

La innovación a las posibilidades de cesación a la detención preventiva, también se puede dar ante la demostración objetiva de que la persona privada de libertad se encuentre padeciendo enfermedad terminal, caso en la cual obviamente ante su acreditación el Juez Cautelar o Tribunal deberá disponer las medidas sustitutivas pertinentes.

TRAMITE.- La Ley 586, establece que en el caso de los Numerales 2 y 3 (vale decir: *Cuando tornen conveniente que sea sustituida por otra medida o cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga*); 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.

Ahora bien, respecto a los numerales 1, 4 y 5 se entiende que el Juez Cautelar, debe señalar Audiencia de consideración de la solicitud y en la misma audiencia resolver lo que corresponda en derecho.

En el caso de que sea improcedente la detención y exista peligro de fuga y obstaculización del procedimiento el juez o tribunal, mediante resolución fundamentada podrá disponer la aplicación de una de las siguientes medidas:

- 1.- La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. (el juez podrá disponer que el imputado se ausente durante la jornada laboral para la manutención de su familia.)
- 2.-Obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o autoridad que se designe
- 3.-Prohibición de salir del país, de la localidad o de ámbito territorial.

- 4.-Prohibición a concurrir a determinados lugares.
- 5.-Prohibición a comunicarse con determinadas personas.
- 6.-Fianza juratoria, personal o económica.

JURISPRUDENCIA SOBRE LA CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA FUNDADA EN EL ART. 239.1 DEL CPP

“El art. 239.1 del CPP señala que la detención preventiva cesará: “Cuando nuevos elementos demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida”; a partir de dicha causal, el Tribunal Constitucional a través de la SC 0320/2004-R de 10 de marzo[2], determina que la resolución de las solicitudes de cesación de la detención preventiva que se amparen en dicha causal, debe ser el resultado del análisis ponderado de dos elementos: 1) Determinar cuáles fueron los motivos que establecieron la imposición de la detención preventiva; que se traduce en el deber de valoración de las razones que fundaron la detención preventiva, y, 2) Establecer cuáles los nuevos elementos de convicción que aportó el imputado para demostrar que ya no concurren los motivos que la determinaron o en su caso demuestren la conveniencia que la medida sea sustituida por otra; es decir, el deber de analizar los nuevos elementos introducidos por la o el imputado. Este criterio fue reiterado de manera uniforme por la jurisprudencia constitucional - Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0039/2017-S3 de 17 de febrero y 1153/2017-S2 de 9 de noviembre, entre muchas otras-.

Posteriormente, la SC 1249/2005-R de 10 de octubre[3], complementa el anterior criterio, señalando que es la autoridad judicial quien, analizando en forma integral todos los nuevos elementos presentados por la o el imputado, debe determinar si su situación jurídica ha sido modificada y si en consecuencia, ya no se presentan los supuestos que hicieron posible su detención; consiguientemente, la jueza o el juez deben analizar o compulsar en su integridad todos esos nuevos elementos y circunstancias, que tienen que ser considerados para adoptar la decisión final. La indicada Sentencia también establece que el análisis integral de los nuevos elementos presentados por la o el imputado, no solo alcanza al juez de instrucción penal, sino también al tribunal que conozca en apelación la resolución que conceda o rechace la cesación de la detención preventiva.

Por su parte, la SC 0012/2006-R de 4 de enero, asume los entendimientos anteriores, señalando que las juezas, los jueces y los tribunales de alzada, deben efectuar una valoración integral de todas las circunstancias existentes y no basarse en una sola de ellas; además, tienen que considerarse los elementos de prueba de la parte acusadora y de la víctima.

Ulteriormente, la SC 1147/2006-R de 16 de noviembre[4], reiterando la

jurisprudencia anterior, señala que la resolución que resuelva una solicitud de cesación de la detención preventiva debe reunir las condiciones de validez; y para ello, la autoridad judicial al tiempo de contrastar los nuevos elementos presentados por el imputado, deberá fundamentar la decisión de conceder o rechazar la solicitud de la cesación, expresando los motivos de hecho y derecho en que sostenga su determinación, los cuales deben obedecer a criterios objetivos, exponiendo el valor otorgado a los medios de prueba presentados y sujetando su análisis a los presupuestos que fundaron la detención preventiva del imputado, fundamentación que no puede ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes, sino las razones jurídicas que justifican la decisión adoptada.

La SCP 0014/2012 de 16 de marzo[5], contextualiza los entendimientos asumidos por este Tribunal, que deben ser considerados al resolver problemáticas vinculadas o referidas a la cesación de la detención preventiva, enfatizando que es deber del juez y del tribunal de alzada, tomar en cuenta en forma integral los nuevos elementos de juicio aportados por el imputado, que demuestran que no concurren los motivos que fundaron la disposición de su detención preventiva o existen otros que tornen conveniente sustituirla por otra medida; así como los aportados como prueba por la parte acusadora o víctima que acreditan que tales motivos subsisten. SCP 0015/2018-S2.

JURISPRUDENCIA SOBRE LA CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA FUNDADA EN EL ART. 239.2 y 3 DEL CPP

Ahora bien, los numerales 2 y 3 del art. 239 del CPP, deben interpretarse a la luz de la normativa internacional, de las Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en función a la interpretación integral de las normas del Código de Procedimiento Penal; así, según el art. 7.5 de la CADH, toda persona imputada de la comisión de un delito y las personas privadas de libertad tienen el derecho a ser juzgados en un plazo razonable y ser liberados de la prisión, sin perjuicio de que el proceso continúe; norma que, conforme se ha visto, ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuya interpretación se refuerza con los Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión.

Entonces, efectuando la interpretación de las normas precedentemente citadas (numerales 2 y 3 del art. 239 del CPP), en función a los parámetros de interpretación referidos en líneas precedentes, la adopción de la detención preventiva -entendida como medida cautelar- no puede exceder los plazos establecidos en dichos numerales y, por lo mismo, las autoridades jurisdiccionales deberán disponer la inmediata cesación de la detención preventiva de los imputados sujetos a esta

medida por el simple transcurso del tiempo, verificando únicamente, como establece el segundo párrafo del art. 239 del CPP, que la demora no sea atribuible a actos dilatorios del imputado y adoptando las medidas establecidas en el art. 240 del señalado cuerpo legal, en la medida en que ellas sean efectivas y adecuadas para garantizar la presencia del imputado mientras dure la tramitación del proceso, de modo que, la cesación a la detención preventiva por el transcurso del tiempo no implica que la autoridad judicial disponga libertad irrestricta del encausado, mas al contrario, significa cumplir con los estándares exigidos dentro de un Estado Constitucional de Derecho y observar la propia naturaleza de las medidas cautelares. Este razonamiento significa la reconducción de la línea jurisprudencial establecida a partir de la SC 947/01-R de 6 de septiembre de 2001, confirmada posteriormente por la SC 0161/2005-R de 23 de febrero, entre otros, en función al vigente art. 239.2 y 3 y último párrafo del CPP.

Adicionalmente, debe señalarse que la disposición legal contenida en el núm. 3 del art. 239 del CPP establece que cesará la detención preventiva “cuando su duración exceda de dieciocho meses (18) sin que se haya dictado acusación o de treinta y seis meses (36) sin que se hubiera dictado sentencia”; última parte de la disposición legal que es claramente imprecisa y oscura, por cuanto establece como condición de la cesación de la detención preventiva por el transcurso del tiempo, la falta de pronunciamiento de la sentencia, sin dilucidar si la misma debe estar ejecutoriada o meramente pronunciada, dando lugar a dos interpretaciones: La primera, que es suficiente la emisión de la Sentencia en primera instancia y que, por ende, aun la detención preventiva hubiere sobrepasado el plazo de treinta y seis meses, no es posible su cesación, por haberse pronunciado la respectiva sentencia; la segunda, que necesariamente la sentencia debe encontrarse ejecutoriada y que, en consecuencia, cuando se sobrepase al plazo de treinta y seis meses, aún se cuente con sentencia pronunciada en primera instancia, es posible su cesación, por no encontrarse la resolución ejecutoriada.

Consiguientemente, en mérito a la ambigüedad de los sentidos normativos de dicha disposición legal, la misma debe ser interpretada desde y conforme a las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad, en función a los principios de interpretación de los derechos humanos que se encuentran constitucionalizados.

En ese sentido, los principios pro homine, arts. 13.IV y 256.I de la CPE y 29.b) de la CADH, y progresividad (art. 13.I de la CPE) exigen que, al aplicar e interpretar los derechos humanos y fundamentales, siempre se acuda a la norma y a la interpretación más amplia, extensiva y favorable y, en consecuencia, respecto a las limitaciones o restricciones en el ejercicio de un determinado derecho, se efectúe una interpretación restrictiva, con la finalidad de afectar lo menos posible a la vigencia y eficacia del derecho fundamental, garantizado de esa manera, el

intérprete de la norma, la plena vigencia de los derechos fundamentales reconocidos a favor de la persona.

Por otro lado, la garantía de la presunción de inocencia, conforme se tiene señalado anteriormente, como regla de tratamiento de la persona que se encuentra sometida a proceso, implica que, el imputado, mientras no se pruebe su culpabilidad a través de una sentencia con calidad de cosa juzgada material, debe ser tratado en todo momento como inocente. En ese sentido, cabe hacer referencia al art. 116.I de la CPE, que garantiza la presunción de inocencia y, como efecto de dicha garantía, constitucionaliza el criterio de interpretación de favorabilidad (pro libertad) cuando exista duda sobre la norma aplicable, al señalar que: “...Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado”.

Criterio de interpretación que antes de la vigencia de la actual Constitución Política del Estado estaba contenido en los arts. 6, 7 y 221 del CPP, cuyas normas armonizan, con las consideraciones antes señaladas, puesto que; por un lado, establece la garantía de la presunción de inocencia, exigiendo que el imputado reciba un trato de inocente mientras no exista contra ella una sentencia ejecutoriada que demuestre su culpabilidad y; por otro, consagra la aplicación del principio de favorabilidad en cuanto al régimen de las medidas cautelares, instituyendo que, al surgir una duda en cuanto a su aplicación se refiere, debe imponerse lo menos perjudicial al ejercicio de los derechos fundamentales del encausado.

A la luz de los criterios de interpretación antes señalados, debe entenderse que la sentencia a la que alude la norma contenida en el núm. 3 del art. 239 del CPP, se refiere a una sentencia que se encuentra ejecutoriada y, en ese sentido, es posible la cesación de la detención preventiva, cuando se sobrepase el plazo de treinta y seis meses, aún se cuente con sentencia pronunciada en primera instancia, siempre y cuando, claro está, que la demora no sea atribuible a actos dilatorios del propio imputado, conforme dispone la parte in fine del art. 239 del CPP. Asumir un entendimiento contrario implicaría efectuar una interpretación restrictiva de la norma, no permitida por el orden constitucional ni legal, conforme se tiene ampliamente explicado.

6. Finalidad y determinación de la fianza

La finalidad de la fianza es asegurar que el imputado cumplirá las obligaciones que se le impongan y las órdenes del juez o tribunal, la fianza económica se fijara teniendo en cuenta la situación, en ningún caso se fuera una fianza económica de imposible cumplimiento, se podrá sustituir la fianza por otra equivalente previa autorización del juez.

Fianza juratoria

Procederá cuando sea previsible, que el imputado será beneficiado con la suspensión condicional de la pena, el perdón judicial o cuando demuestre estado de pobreza que le imposibilite constituir fianza real o personal. Previo cumplimiento de lo siguiente:

- 1.- Comparecer ante el fiscal o autoridad judicial las veces que sea requerido.
- 2.- Concurrir a toda acción procesal que corresponda.
- 3.- No cambiar el domicilio que señalara a este efecto, ni ausentarse del país sin autorización del juez quien dispondrá el arraigo.

Fianza personal

Consiste en la obligación que asume el fiador o fiadores, de presentar al imputado ante el órgano jurisdiccional durante el poseso, las veces que sea requerido; en caso de incomparecencia el fiador debe pagar la suma que a este efecto determine el juez, que tendrá por finalidad cubrir los gastos de captura.

Fianza real

Se constituye con bienes inmuebles o muebles, valores o dineros.

Se presentara título de propiedad evaluó catastral y certificados de registro correspondiente para acreditar que no pesa ningún gravamen.

Jurisprudencia nacional:

Según la Sentencia Constitucional **0093/2010-R, de fecha 4 de mayo**, se entiende: *...El art. 240.6 del CPP, determina que: "Cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal, mediante resolución fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas:*

5. *Fianza juratoria, personal o económica. La fianza económica podrá ser prestada por el imputado o por otra persona mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca" (las negrillas son nuestras).*

De lo expresado por dicha norma, podría deducirse, desde una interpretación aislada de la normas, como la realizada por los Vocales demandados, que sólo es procedente la sustitución de fianza económica por la real, y no a la inversa; empero, dicha norma tiene que ser interpretada sistemáticamente a partir de las normas contenidas en el

Código de Procedimiento Penal, fundamentalmente la parte principista de las medidas cautelares.

En ese entendido, debe considerarse que el tercer párrafo del art. 241, tercer párrafo del CPP, determina que: "El imputado y el fiador podrán sustituir la fianza por otra equivalente, previa autorización del juez o tribunal", y que los arts. 7, 221 y 222 del CPP, contienen los principios que orientan la aplicación de las medidas cautelares.

Así, en virtud a lo dispuesto en el art. 7 del CPP, la aplicación de las medidas cautelares es excepcional, y cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, se debe estar a lo más favorable para éste. Similar regulación está contenida en los arts. 221 y 222 del mismo cuerpo normativo, que sostienen que las medidas cautelares se aplicarán con criterio restrictivo "...y se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados"

En síntesis, realizando una interpretación sistemática del art. 240.6 del CPP, se concluye que no existe un impedimento legal para convertir una fianza real en económica, y más bien, si se analiza la norma en base a los principios sobre la aplicación de medidas cautelares, se debe adoptar la interpretación más favorable para el imputado.

En el caso analizado, la fianza económica inicialmente impuesta al accionante, fue sustituida por una de naturaleza real mediante la hipoteca de un bien inmueble, no existiendo ningún impedimento para que pueda volver a ser sustituida por otra equivalente, igual o similar en valor, a criterio del Juez, toda vez que la ley no ha establecido una prohibición expresa al respecto, por el contrario cuando la ley determina que el imputado y el fiador pueden sustituir la fianza por otra de similar valor, previa autorización del juez, está dejando en manos del juzgador la evaluación de su sustitución.

6. Efectividad de la libertad y acta.-

La libertad solo se hará efectiva luego de haberse otorgado la fianza se resuelve la cesación de la detención preventiva sustituyéndola con una fianza real y otras medidas. Se concluye que el imputado aprehendido por la fiscalía o la policía una vez puesto a disposición del juez cautelar y beneficiado con medidas sustitutivas a la detención preventiva, debe ser puesto en inmediata libertad desde la sala de audiencia. Otorgándole un término razonable para que pueda cumplir con las medidas impuestas.

Se levantara antes acta antes de expedir el mandamiento de libertad conteniendo:

1. La especificación de la obligación que debe cumplir

2. La identificación de la persona que intervengan en la ejecución de la medida y la aceptación de la obligación que le ha impuesto.
3. Domicilio real que señalen.
4. La promesa formal del imputado de cumplir con las citaciones dispuestas.

Jurisprudencia Nacional

Debe de entenderse que cuando se concede la cesación a la detención preventiva no puede suspenderse el mandamiento de libertad con el argumento de que el Ministerio Público, pueda eventualmente pedir o anunciar la revocatoria o apelar dicha resolución, ya que lo contrario sería violar flagrantemente el debido proceso. En ese entendimiento se lo encuentra en las; **SC 0028/2010-R, 0069/2010-R y SC 052/2011-R de 25 de abril.**

8. Las medidas cautelares de carácter real

El Artículo 252. (Medidas Cautelares Reales) modificado por Ley 007, estableció que sin perjuicio de la hipoteca legal establecida por el Artículo 90 del Código Penal, las medidas cautelares de carácter real serán dispuestas por el juez del proceso a petición de parte, para garantizar la reparación del daño y los perjuicios, así como el pago de costas o multas, a cuyo efecto se podrá solicitar el embargo de la fianza siempre que se trate de bienes propios del imputado. El trámite se registrará por el Código de Procedimiento Civil, sin exigir contracautela a la víctima en ningún caso. La anotación preventiva de los bienes propios del imputado puede ser dispuesta directamente por el fiscal desde el primer momento de la investigación, a través de resolución fundamentada, la que deberá ser informada al juez que ejerce control jurisdiccional en el plazo de veinticuatro (24) horas de haber sido efectivizada, debiendo el juez ratificar, modificar o revocar la medida en el plazo de tres (3) días de comunicada la misma.

La incautación se aplicará sobre el patrimonio, los medios e instrumentos para la comisión o financiamiento del delito, que pertenecieran a los imputados o posibles instigadores y cómplices de las conductas calificadas por el fiscal.

En conocimiento del hecho por cualesquiera de las formas de inicio de la investigación penal, el fiscal dentro del plazo de las diligencias preliminares por la supuesta comisión del delito o ante la flagrancia prevista en el Artículo 230 de la Ley N° 1970, requerirá ante el juez de instrucción, la incautación del patrimonio, medios e instrumentos que pertenecieran a los imputados, posibles instigadores y cómplices de las conductas calificadas como delito.

El fiscal deberá requerir ante el juez de instrucción, la retención de fondos en cuentas bancarias y/o entidades financieras nacionales y extranjeras que pertenezcan a los imputados, posibles instigadores y cómplices, así como solicitar un informe de rendimiento bancario financiero que estos hayan realizado en los últimos doce meses.

Los bienes muebles e inmuebles quedaran bajo custodia de la Dirección de Registro, Control y Administración de Bienes Incautados – DIRCABI.

En el caso de encontrarse sustancias controladas en avionetas, lanchas y vehículos automotores, se procederá a la confiscación de aquellos bienes y su entrega inmediata a la Dirección de Registro, Control y Administración de Bienes Incautados – DIRCABI, entidad que luego del registro e informe técnico pericial, procederá a la entrega definitiva a las Fuerzas Armadas en el caso de avionetas y lanchas, y al Ministerio Público u otras instituciones públicas en el caso de vehículos automotores para que queden bajo su administración y custodia

9. Medidas sustitutivas.

Siguiendo el orden de figuras jurídicas concerniente a las medidas cautelares, ya se anotó líneas arriba los requisitos de procedencia de la detención preventiva, de igual forma la improcedencia de la misma. Sin embargo independientemente de la procedencia o no, según el caso el juez cautelar tiene la facultad de disponer medidas sustitutivas a la detención preventiva, previstas en el art. 240 del CPP, sean estas solicitadas por las partes o a determinación del propio juez cautelar, reitero según el caso concreto que se conozca y se resuelva.

Por otro lado estas medidas tienen su control, es decir deben ser observadas tanto por el representante del Ministerio Público, víctima y el propio juzgador a lo que equivale el cumplimiento a una disposición judicial ya que cualquiera de las medidas no cumplidas son susceptibles de revocatoria por otras más gravosas, tomando el carácter temporal y variable de las medidas cautelares.

Causales de revocación

Podrán ser revocadas las medidas sustitutivas cuando:

- El imputado incumpla cualquiera de las obligaciones impuestas.
- Se compruebe que el imputado realiza actos preparatorios de fuga o de obstaculización en la averiguación de la verdad.

- Cuando se inicie en contra del imputado un nuevo proceso penal por la comisión de otro delito.
- La revocación dará lugar a la detención preventiva en los casos en que esta medida cautelar sea procedente.
- Si el imputado es declarado rebelde o cuando el imputado se sustraiga de la ejecución de la pena, se notificara al fiador advirtiéndole que el imputado no comparece dentro de los 10 días siguientes a la notificación la fianza se ejecutará al vencimiento de este plazo, le juez dispondrá la venta por subasta pública de los bienes que integra la fianza, las sumas líquidas se depositaran en una cuenta bancaria que generen intereses a orden del juez o tribunal que ejecutó la fianza.
- Si dentro de los 3 meses de ejecutoriada la sentencia condenatoria o la que imponga una medida de seguridad, no se demanda ante el juez de sentencia la responsabilidad civil, estas sumas se transfieren al fondo de indemnizaciones 248 CPP.
- La fianza será cancelada y dispuesto la devolución de los bienes afectados a la garantía, más los intereses generados en la cuenta bancaria, siempre que no haya sido ejecutoriada con anterioridad cuando:
 - Se revoque la decisión de constituir fianza.
 - Se devuelva o se sobresea al imputado o se archiven las actuaciones, por resolución firme.
 - Se someta a la ejecución de la pena ella o deba ejecutarse.

Jurisprudencia Nacional:

Es la revocatoria por el no cumplimiento de las medidas sustitutivas, **SC 0578/2011-R de 03 de mayo**, que señala: *En concordancia con la normativa suprema antes referida, el art. 240 del CPP es claro al referirse que: “Cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal, mediante resolución fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas: (...)*

Al resolver la aplicación de las medidas enumeradas anteriormente, el juez determinará las condiciones y reglas que deberá cumplir el imputado, con la expresa advertencia de que la comisión de un nuevo delito o el incumplimiento de las reglas impuestas, dará lugar a la revocatoria de la medida y su sustitución por otra más grave incluso la detención preventiva cuando ésta sea procedente”.

De lo glosado, se infiere que en determinados casos penales, cuando no sea posible infligir una detención preventiva contra el o los encausados, o siendo viable esta detención, por diversos

factores procedimentales, el juez aplica una medida sustitutiva a la detención preventiva; estas medidas sustitutivas, conforme prevé el art. 240 in fine del (CPP), deben ser de cumplimiento obligatorio, toda vez que el carácter imperativo de la norma citada, obliga al cautelado o procesado, para que cumpla fielmente y a cabalidad las medidas sustitutivas a la detención preventiva impuestas, bajo pena de revocarse estas medidas e imponerse una medida de detención preventiva.

10. Plazos Procesales

El cómputo del plazo en materia penal, conforme lo previsto por el art. 130 del CPP, establece que: 'Los plazos son improrrogables y perentorios, salvo disposición contraria de este Código.

Los plazos determinados por horas comenzarán a correr inmediatamente después de ocurrido el acontecimiento que fija su iniciación, sin interrupción.

Los plazos determinados por días comenzarán a correr al día siguiente de practicada la notificación y vencerán a las veinticuatro horas del último día hábil señalado.

Al efecto, se computará sólo los días hábiles, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario o que se refiera a medidas cautelares, caso en el cual se computarán días corridos.

Los plazos comunes expresamente determinados en este Código comenzarán a correr a partir de la última notificación que se practique a los interesados.

Los plazos sólo se suspenderán durante las vacaciones judiciales; y podrán declararse en suspenso por circunstancias de fuerza mayor debidamente fundamentadas que hagan imposible el desarrollo del proceso

Conforme la norma expresada, todos los plazos previstos por el código adjetivo penal, son perentorios e improrrogables, exceptuando la existencia de una disposición contraria al mismo, ello significa que los plazos procesales fijados a las partes para la interposición de una acción no pueden ser extendidos; por ejemplo en lo referente al art. 403 del CPP, establece las resoluciones que pueden ser motivo de apelación incidental en el término de tres días de notificada la Resolución (art. 404 del CPP).

Sin embargo de ello debe tenerse en cuenta que los plazos pueden ser abreviados según convenga las partes, en ese sentido el CPP, establece en el Art. 131 (Renuncia o abreviación). Las partes en cuyo favor se estableció un plazo podrán renunciar o abreviar el mismo mediante expresa manifestación de su voluntad.

Como en toda norma procesal, el CPP, establece los plazos en el que está enmarcado los jueces en materia penal, por lo que se debe de observar el Artículo 132°.- (Plazos para resolver). Salvo disposición contraria de este Código el juez o tribunal:

- 1) Dictará las providencias de mero trámite dentro de las veinticuatro horas de la presentación de los actos que las motivan;
- 2) Resolverá los incidentes y dictará los autos interlocutorios dentro de los cinco días de contestada la actuación que los motiva o vencido el plazo para contestarla; y,
- 3) Pronunciará en la misma audiencia la sentencia, los autos interlocutorios y otras providencias que correspondan.

Siendo estos plazos plasmados en la normativa penal vigente, son de cumplimiento obligatorio y en consecuencia acarrea responsabilidad en caso de incumplimiento, así lo ha establecido el Artículo 135°.- (Retardación de justicia). *El incumplimiento de los plazos establecidos en este Código dará lugar a la responsabilidad disciplinaria y penal del funcionario negligente.*

11. Control De La Retardación De Justicia.

De acuerdo a la ley del órgano judicial, incurren en retardación de justicia los magistrados y jueces que no dicten las resoluciones dentro de los plazos legales.

El Título IV Del Libro Tercero De La Primera Parte del Código De Procedimiento Penal, sobre la materia tiene las siguientes previsiones:

Artículo 133°.- (Duración máxima del proceso).- Todo proceso tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de rebeldía.

Las causas de suspensión de la prescripción suspenderán el plazo de duración del procedimiento. Cuando desaparezcan éstas, el plazo comenzará a correr nuevamente computándose el tiempo ya transcurrido.

Vencido el plazo, el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal.

Artículo 134°.- (Extinción de la acción en la etapa preparatoria). La etapa preparatoria deberá finalizar en el plazo máximo de seis meses de iniciado el proceso.

Cuando la investigación sea compleja en razón a que los hechos se encuentren vinculados a delitos cometidos por organizaciones criminales, el fiscal podrá solicitar al juez de la instrucción la ampliación de la etapa preparatoria hasta un plazo máximo de dieciocho meses, sin que ello signifique una ampliación del plazo máximo de duración del proceso. El fiscal informará al juez cada tres meses sobre el desarrollo de la investigación.

Si vencido el plazo de la etapa preparatoria el fiscal no acusa ni presenta otra solicitud conclusiva, el juez conminará al Fiscal del Distrito para que lo haga en el plazo de cinco días. Transcurrido este plazo sin que se presente solicitud por parte de la Fiscalía, el juez



declarará extinguida la acción penal, salvo que el proceso pueda continuar sobre la base de la actuación del querellante, sin perjuicio de la responsabilidad personal del Fiscal del Distrito.

Al margen del incumplimiento de los plazos señalados que definitivamente pueden o acarrear responsabilidad penal inclusive, tiene que tomarse en cuenta que la retardación de justicia es un problema estructural de todo el sistema judicial, donde no solo es atribuible la retardación a los administradores de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Serie de Jurisprudencia 3. Sentencias de derecho penal general y de derecho procesal penal. Academia de la Magistratura, Lima, 2000.
- ANGELES GONZÁLES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel. Tráfico Ilícito de Drogas, en: “Código Penal” Tomo. IV, Ediciones Jurídicas. S/E
- AZABACHE CARACCIOLO, César; SAN MARTIN CASTRO, César. “Obtención y valoración de la prueba”. Proyecto Auto capacitación Asistida «Redes de Unidades Académicas, Judiciales y Fiscales». Academia de la Magistratura, Lima, 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. “Manual de Derecho Penal Parte General” Ed. Temis. 1994- Bogotá Colombia.
- BAILEY F. Lee “Cómo se ganan los juicios- el abogado litigante” Ed. Limusa S.A. –México. 1996.
- BILBAO UBILLOS, J.M., “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- BINDER, Alberto M. “Introducción al derecho procesal penal”. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993
- BRAMONT ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. “Manual de Derecho Penal”. Parte Especial, Editorial San Marcos, 4ta Edición, Lima 1998. -
- CAFFERATA NORES, José I. “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997
- CAFFERATA NORES, José. “La prueba en el Proceso Penal”. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1988
- CANCIO MELIÁ, Manuel. “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva” Ed. Jurídica Cuyo. Madrid. España. 2005.
- CAPELETTI, Mauro y GARTH, Bryan. “El Acceso a la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- CAROCCA PÉREZ, Alex. “Garantía Constitucional de la Defensa Procesal”. José María Bosch Editor, Barcelona, 1998
- CLIMENT DURÁN, Carlos. “La prueba penal”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. “Los sistemas de Defensa Pública en Bolivia, Colombia y Perú”, CAJ, Lima, 1998.

- CREUS, Carlos. “Derecho Penal Parte General” Editorial Astrea 1990- Buenos Aires, Argentina.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “El Proceso Penal”. Palestra Editores, Lima, 1998
- DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio; Las Técnicas del Interrogatorio en el Juicio Oral, (Revista Justicia de Paz, Núm. 9, CSJ/PNUD, San Salvador, 2001).
- DURAN RIVERA Willman R., “Derecho Procesal Constitucional el Habeas Corpus en Bolivia” Revista del Tribunal Constitucional Nº 4 Ed. Judicial 2002 Sucre Bolivia.
- DURAN RIVERA Willman R. “Principios, Derechos y Garantías Constitucionales” Ed. El País. Santa Cruz-Bolivia 2005.
- ESSER, Abin. “Temas de Derecho Penal y Procesal Penal”, Editorial IDEMSA, Lima, 1998.
- FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. «El derecho a un juicio justo». En; Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No 80. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Prologo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta, Valladolid, 1995
- FERRAJOLI, Luigi. “El derecho como sistema de garantías” En; Thémis, Revista de Derecho. Segunda Época / 1994 / Nº 29, Lima, 1994.
- FUNDACIÓN MIRNA MACK (Compilador). “Valoración de la prueba”. Fundación Mirna Mack, Guatemala, 1996.
- GARRO, Alejandro. “Justicia y Sociedad”. Acceso a la Justicia, PNUD, San José, 1999.
- GIMENO SENDRA, José Vicente. “Fundamentos del Derecho Procesal” (jurisdicción, acción y proceso). Editorial Civitas, Madrid, 1981.
- GONZALES RUS, José. “Delitos Contra el Patrimonio y contra el orden socioeconómico” (I) En:
 - Cobo del Rosal Manuel (director) Curso de Derecho Penal español. Parte Especial. Marcial Pons, Madrid, 1995.
 - GONZALES RUS, Juan José. "Las lesiones", en: Curso de Derecho Penal Español, Marcial Pons, Madrid, 1996.
 - GONZÁLES RUS, Juan José. “Del homicidio y sus formas” (1). El Homicidio. En: Curso de Derecho Penal Español, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- HARB BENJAMÍN, Miguel. “Código Penal Boliviano con las reformas y leyes conexas”. Ed. Juventud. La Paz –Bolivia. 2001.

- HAYES MICHEL, María Yamile, “Los Derechos Humanos en los Instrumentos Internacionales y la Jurisprudencia Constitucional”. Ed. Gaviota del Sur. S.R.L. Sucre-Bolivia 2007.
- HERRERA AÑEZ, William, “Derecho Procesal Penal Boliviano” Ed. El País 2.003 Santa Cruz.
- HERRERA AÑEZ, William. El Proceso Penal Boliviano. Ed. Kipus. 2007- Cochabamba-Bolivia.
- HURTADO POZO, José. “Manual de Derecho Penal. Parte Especial 1. Homicidio”, 2da Edición, Juris, Lima, 1995.
- INSTITUTO PERUANO DE CIENCIAS PENALES. Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal N- 1. Grijley, Lima, 2000.
- JERY CISNEROS, Julián Genaro “Teoría General de la Impugnación”. Pag. Web sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual.
- JESCHECK, Hans Heinrich. “Tratado de Derecho Penal”. Parte General, 4ta Edición, Editorial Comares, Granada, 1993.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Curso de Derecho Penal”. Parte General 1, Editorial Universitas, Madrid, 1996.
- MAIER, J. B. J., “Derecho Procesal”, Tomo I, 2ª edición, Buenos Aires, 1996. - MAIER, julio B. J. “Derecho procesal penal”. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1996
- MAIER, Julio. “Derecho Procesal Penal”. Tomo 1, Fundamentos, Editores de] Puerto, Buenos Aires, 1996.
- María del Carmen. “Manual de Derecho Penal”. Parte Especial, Editorial San Marcos, 4ta Edición, Lima 1998.
- MEDINA, Cecilia; MERA, Jorge (editores). “Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos”. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Cuadernos de análisis jurídico. Serie Publicaciones Especiales, 6. Santiago de Chile, 1997.
- MELENDO, Sentis. “El proceso civil” Buenos Aires 1957, Ed. Atenea
- MERA, Jorge. «Adecuación del Derecho Penal Chileno a las exigencias los Derechos Humanos» En Sistema Jurídico y Derechos Humanos: “El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos”. Cecilia Medina y Jorge Mera editores. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Cuadernos de análisis jurídico. Serie Publicaciones Especiales, 6. Santiago, de Chile, 1997.

- MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal Parte General” Séptima Edición. Editorial Reppertor. Barcelona-España 2004.
- MIRANDA ESTRAMPES, César. “La mínima actividad probatoria en el proceso penal”. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997
- MORALES, Alberto. “Guía de Actuaciones Para la Aplicación del Nuevo Código de Procedimiento Penal” Primera Edición, La Paz - 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Teoría del Delito”. Ed. Tirant Lo Blanch. 4ta. Edición. 2007. Valencia-España.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARÍA ARAN, Mercedes. “Derecho penal. Parte general”. 2a. edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch, 1996
- NOGUERA RAMOS, Iván. “Tratado de los Medios de Defensa en el derecho procesal penal”. Gaceta Jurídica, Lima, 2000
- O'DONNELL, Daniel. “Protección Internacional de los Derechos Humanos, Comisión Andina de juristas”, 2da. edición, Lima, 1989.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Manual de Derechos Procesal Penal”. Editorial Alternativas, Lima, 1996
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Estudios de Derecho Procesal”, Editorial Alternativa, Lima, 1993.
- PALACIO, LINO, Enrique. “Manual de Derecho Procesal Civil”. Tomo I. Ed. Abelardo Perrot. Buenos Aires Argentina. 1990.
- PANDOLFI, Oscar R. “Recurso de casación Penal”. Ed. La Roca. Buenos Aires 2001.
- PAREDES INFANZÓN, julio. “Delitos contra el patrimonio”. Editorial Gaceta jurídica, Lima, 1999.
- PEÑA CABRERA, Raúl. “Estudios de Derecho Penal”, Editorial San Marcos, Lima, 1997.
- PEÑA CABRERA, Raúl. “Tratado de Derecho Penal”. T. II-A, Ediciones Jurídicas, Lima 2000.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. “Funcionalismo en el Derecho Penal”.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. “Comentarios al Código Penal de 1991”. Editorial Alternativas, Lima, 1993.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “Derecho penal, jueces y jurisprudencia”. Palestra Editores, Lima, 1999

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La independencia judicial' En; Revista jurídica del PERU. Año XLV No 2 abril-junio de 1995. Trujillo, 1995.
- QUINTERO VELASCO, Daniel: Consideraciones Generales sobre los Recursos de Apelación y Recusación y sus trámites" En ciencias Jurídicas y Sociales Julio-Diciembre de 1962, TVE Nros. 35-36.
- QUIÑONES VARGAS, Héctor. "Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño".Ed. Salvador. 2003.
- RECASENS SICHES, Luis. "Filosofía del Derecho". Porrúa. 2003. México.
- RIEGO, Cristián. «El proceso penal chileno frente a la Constitución Política del Estado y a la Convención Americana de Derechos Humanos». En; "Proceso Penal y Derechos fundamentales".
- Colección de Estudios N- 1. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1994.
- RIVERA SANTIBÁÑEZ, José Antonio, "Temas de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Kipus. Cochabamba Bolivia 2007.
- RIVERA SANTIBÁÑEZ, José Antonio. "Jurisdicción Constitucional". Segunda Edición Ed. Kapeluz. Cochabamba-Bolivia 2004.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho Penal Español. Parte General". Edición decimoséptima. Dykinson, Madrid, 1994.
- ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos Contra el Patrimonio". Editorial Grijley, Lima, 2000.
- ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- SAAVEDRA ROJAS, Edgar. "Constitución, derechos humanos y proceso penal". "Las normas rectoras del proceso penal". Tomo 1. Reimpresión. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá,
- SAN MARTÍN CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal". Volumen I. Editorial Grijley, Lima, 2000.
- SAN MARTÍN CASTRO, César: "Derecho Procesal Penal". Lima, Grijley. 1999.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. «Constitución y principios del proceso penal» En; Modulo 3: Derecho penal y procesal penal. Programa de Formación de Aspirantes. Academia de la Magistratura, Lima.
- SAN NURTFN, César. "Derecho Procesal Penal". Volumen 1. Grijley, Lima, 1999
- SAN NURTÍN, César. "Derecho Procesal Penal". Volumen 11. Grijley, Lima, 1999



- SILVA SÁNCHEZ, J.M.; SHÜNEMAN, B.; DE FIGUEIREDO DÍAS J. “Fundamentos de un sistema penal europeo de derecho penal”. Libro Homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosh Editor S.A., Barcelona, 1995.
- SUÁREZ, Saavedra César “Crítica al Código de procedimiento Penal”. Ed. Kipus. Cochabamba. 2004.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. “La Defensa”, en: Estudios de Derecho Procesal Penal, Editorial Alternativa, Lima, 1993.
- VILLAMOR LUCÍA, Fernando “Derecho Penal Boliviano” Parte General Tomo I, Ed. Popular. La Paz Bolivia.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Lecciones de Derecho Penal”, Editorial. Cuzco, Lima, 1990.
- VILLAVICENCIO, Felipe. Código Penal, 2da Edición, Editorial Grijley, Lima 1998.
- WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Editorial Temis, Bogotá, 1985.
- WOLTER, Jürgen. «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del derecho penal» En Fundamentos de un sistema penal europeo de derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosh Editor S.A., Barcelona, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio. “Manual de Derecho Penal”. Parte General, Ediciones jurídicas, 1990.