



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
ÓRGANO JUDICIAL
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

PROTOCOLO DE DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS DE MEDIDAS CAUTELARES



PROTOCOLO DE DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS DE MEDIDAS CAUTELARES

Sucre - Bolivia

PROTOCOLO DE DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS DE MEDIDAS CAUTELARES TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Esta publicación se ha realizado en el marco del proyecto BOL/88177 “Fortalecimiento de las Capacidades de Diálogo y Coordinación para la Transformación de la Justicia en Bolivia” del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD.

Equipo de Trabajo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA

Dirección: Leonel Gonzales

Coordinación: Constanza Gigena

Redacción: Alejandra Alliaud

Edición, Diseño y Diagramación: Lissette Daza Sequeiros

Impresión: SOIPA Ltda.

Primera Edición

Sucre, agosto 2017

Depósito Legal: 3-1-311-17 P.O.

La responsabilidad del presente documento es de quienes participaron de su elaboración y no compromete necesariamente la línea de pensamiento del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), de la Agencia de Cooperación Española (AECID), de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), ni de la Embajada de Dinamarca.

Elaboración y Validación

El Tribunal Supremo de Justicia suscribió un Memorando de Entendimiento con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo el 17 de octubre de 2016. En este marco de cooperación se desarrolló el Estudio Diagnóstico sobre Detención Preventiva y el Protocolo de Dirección de Audiencias de Medidas Cautelares, encomendados al Centro de Estudios de Justicia de las Américas, organismo internacional independiente con experiencia en la investigación en los sistemas de justicia en Latinoamérica.

La primera versión de este documento fue tratada en un taller de validación realizado el 21 de abril de 2017, en la ciudad de Cochabamba. Esta actividad fue organizada por el Tribunal Supremo de Justicia, con el apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y con la participación de representantes del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), representantes de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), jueces y vocales de los diferentes Tribunales Departamentales de Justicia de Bolivia. Los comentarios vertidos en el taller de validación contribuyeron a la redacción de la versión final de este documento, el cual fue aprobado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en sesión de 31 de mayo de 2017.



Presentación

Desde los postulados de la Constitución Política del Estado y los límites al poder penal del Estado, la detención preventiva es un mecanismo excepcional de restricción de la libertad de una persona sometida a proceso penal. Sin embargo, numerosos estudios, informes y las estadísticas oficiales dan cuenta de que en Bolivia el número de personas privadas de libertad sin condena es elevado. Las estadísticas oficiales evidencian que a diciembre 2016, 15.831 personas estaban privadas de libertad en las cárceles del país, de las cuales 10.841 personas, 68% corresponden a detenidos preventivos.¹

El Estudio Diagnóstico de la Detención Preventiva en Bolivia, realizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, por encargo del Tribunal Supremo de Justicia con apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, puntualiza que, un análisis evolutivo de las reformas procesales penales en el país, pone de manifiesto que la problemática del elevado índice de detenidos preventivos es de larga data. Uno de los objetivos concretos del Código de Procedimiento Penal, que entró en vigencia plena el año 2001, fue la reducción de los índices de detención preventiva. En el año 1999, producto de la Ley de Fianza Juratoria y la aplicación anticipada de algunas normas del Código de Procedimiento Penal, el porcentaje de personas en detención preventiva había descendido al 64%, sin embargo en el 2002 había llegado hasta el 70%, en el 2004 había crecido hasta el 77%, en el 2006 había retrocedido hasta el 74%, en el 2013 había llegado hasta el 84% y a diciembre de 2016 producto de leyes de indulto y otras medidas de descongestión procesal penal había descendido hasta 68%, cifra que evidencia que la racionalización de la detención preventiva es todavía una tarea pendiente.

El Tribunal Supremo de Justicia se encuentra profundamente preocupado por los hallazgos del antes mencionado Estudio Diagnóstico de la Detención Preventiva en Bolivia, que identifican -entre otros factores- problemas en la aplicación de las medidas cautelares personales directamente relacionados con la labor judicial, tales como problemas en la conducción y metodología de las audiencias, déficits en la exigencia de calidad de la información que aportan las partes en audiencia y por ende en la calidad de las decisiones judiciales, reemplazo de la fundamentación de las decisiones judiciales por la reproducción de lo dicho por las partes en las audiencias y la cita de sentencias constitucionales, así como tendencias a reproducir prácticas propias del sistema inquisitivo.

¹Dirección General del Régimen Penitenciario, Ministerio de Gobierno, Rendición Pública de Cuentas, 2016

Las audiencias son un espacio para la toma de decisiones judiciales, en un entorno en que las partes pueden expresar sus peticiones y fundamentos, de manera oral, en igualdad de condiciones, con la posibilidad de controvertir lo dicho por la contraparte, aportando información de calidad ante un tercero imparcial e independiente que en el marco del debido proceso adoptará la decisión legal más razonable y justa para el caso concreto. Por todo ello, es deber de todas, todos y cada una y uno de las juezas y jueces del país, conducir la audiencia de manera tal que se respete ese entorno de condiciones que debe reunir la audiencia para concretar los fines de pacificación social. Esta es una de las condiciones básicas de legitimidad de la decisión, mucho más si esta decisión es tan grave como la aplicación de una medida restrictiva a la libertad de un conciudadano y por tanto es una de las bases de la credibilidad en el sistema de justicia.

En este entendido, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia aprobó este Protocolo de Dirección de Audiencias para Medidas Cautelares para que las juezas y los jueces y vocales de materia penal del país, que tienen a su cargo la delicada tarea de conducir audiencias de medidas cautelares y decidir sobre la aplicación o recursos sobre medidas restrictivas a la libertad de las personas, cuenten con una guía de actuación con pautas concretas y prácticas, aplicables para que la audiencia se constituya en un entorno que garantice la producción de información de calidad y que sirvan para tomar también decisiones judiciales de la más alta calidad.

Este Protocolo de Dirección de Audiencias para Medidas Cautelares también se pondrá a disposición de los operadores del sistema de justicia que cumplen roles de fiscales, defensores y querrelantes, para que cuenten con una guía, estandarizada en todo el país, sobre las pautas de actuación en audiencia y sobre la calidad de la información que los jueces y juezas exigirán en las mismas.

Alentamos la esperanza de que el Ministerio Público, el Servicio Plurinacional de Defensa Pública y las y los profesionales abogados del país se sumen a estos esfuerzos del Órgano Judicial por racionalizar el uso de la detención preventiva y mejorar la calidad de las audiencias, porque la tarea de devolver la legitimidad a la justicia y recuperar la confianza de la ciudadanía, es tarea de todos quienes hemos jurado cumplir y hacer cumplir la Constitución en el sistema de justicia.

Mgdo. Pastor Mamani Villca
Presidente del Tribunal Supremo de Justicia

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL PROTOCOLO	11
1.1 La verificación empírica: la situación en Bolivia	11
1.2 Guía práctica para abordar los problemas: el protocolo	14
2. LAS AUDIENCIAS. SENTIDO E IMPLICANCIAS DE LA ORALIDAD	19
2.1 Oralidad como método de trabajo y sus implicancias	19
2.2 Presencia de los actores interesados	20
2.3 Producción y control de información de alta calidad	21
2.4 Tipos de audiencias	22
2.5 Recapitulación	25
3. MARCO LEGAL INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE LA DETENCIÓN PREVENTIVA	29
4. LINEAMIENTOS DE ACTUACIÓN DEL JUEZ EN LA AUDIENCIA	37
4.1 Funciones de dirección y decisión	37
4.2 Identificación de hechos controvertidos	39
4.3 Recapitulación	43
5. ESTRUCTURA Y ROL DEL JUEZ EN LA AUDIENCIA DE MEDIDA CAUTELAR	47
5.1 Dinámica general de la audiencia	47
5.2 Estructura de la audiencia de medidas cautelares	49
5.2.1 Supuesto material (hecho, tipificación y participación)	51
5.2.2 Supuesto procesal (peligros procesales)	56
5.3.3 Extensión de la medida cautelar	61

CONTENIDO

6. ENTORNO DE CONDICIONES PARA EL TRABAJO EFECTIVO DEL JUEZ	67
6.1 Situación previa a la realización de la audiencia	67
6.1.1 Conformación de la agenda	67
6.1.2 Contacto previo entre el detenido y la víctima	70
6.1.3 Registro de la audiencia	70
6.2 Condiciones necesarias durante la ejecución de la audiencia	71
6.2.1 Relación con los medios de comunicación	71
6.2.2 Manejo de las manifestaciones populares	72
6.3 Tareas posteriores a la realización de la audiencia	72
6.3.1 Seguimiento de las medidas diferentes a la detención preventiva	72
6.3.2 Control de las detenciones preventivas	72
7. CONSEJOS PARA LA GESTIÓN Y DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS DE MEDIDA CAUTELAR	77
7.1 Planilla para el registro de detenidos	77
7.2 ¿Cómo tomar notas en las audiencias?	78
7.3 ¿Cómo dirigirse a las partes y al imputado?	80
8. PALABRAS FINALES	85
BIBLIOGRAFÍA	87
ANEXOS	92

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL PROTOCOLO DE DIRECCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES



*Al servicio
de las personas
y las naciones*



1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL PROTOCOLO

1.1 Verificación empírica: la situación en Bolivia

De acuerdo con el Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2013), Bolivia es uno de los países de la región con el porcentaje más alto de presos sin condena.

El citado informe sostiene que las reformas penales impactaron directamente en el aumento del porcentaje de personas con detención preventiva en los últimos años. A su vez, reconoce el impacto de otros factores como las deficiencias estructurales del Órgano Judicial, los servicios de defensa pública y el propio sistema penitenciario.

Concretamente, el estudio señala que el alto índice de suspensión de las audiencias y la falta de coordinación entre los sujetos procesales (que acarrea inasistencia de jueces, fiscales, acusados, defensores e intérpretes, entre otros), es una de aquellas deficiencias estructurales.

La situación descrita no se ha modificado. La observación de las audiencias, las entrevistas a operadores del sistema y entrevistas con personas privadas de libertad, ponen en evidencia que subsisten serios problemas en la aplicación de medidas cautelares. En consecuencia, se advierte la necesidad de tomar acciones para mejorar la administración de justicia, que beneficiarían a toda la población, a las personas privadas de libertad y a los actores que intervienen en el proceso penal.

A los factores mencionados, se puede sumar en la actualidad el efecto que tienen ciertas prácticas cotidianas e interpretaciones legales que desvirtúan el sentido cautelar de la detención preventiva, teniendo en miras el cumplimiento de otros fines como la legitimidad del sistema ante la sociedad.

Cuando se cae en la falsa dicotomía entre garantías y eficacia, el resultado es un alto número de personas detenidas sin condena, que tiene poco efecto en términos de respuestas de calidad a la ciudadanía.

Por otro lado, encontramos fenómenos como la inflación penal, ya sea con la creación de nuevos delitos agravados que acarrearán la aplicación de la detención, como con la selección masiva de casos que judicializa la fiscalía. O cuando existen disposiciones por las que conflictos que deberían canalizarse por otras vías, recargan el sistema penal. Es el caso de la criminalización de incumplimientos civiles para conseguir el pago de deudas de manera más rápida y coercitiva.

Dentro de las situaciones concretas de dificultad y deficiencia en la forma en que se presta el servicio de justicia, se encuentra aquella que tiene relación con la figura del juez y su rol en

la audiencia. No es posible pensar en un sistema con oralidad e inmediación, si se realizan audiencias en su ausencia o en las que éste no asuma un rol protagónico.

En ese sentido, el estudio del CEJA sobre medidas cautelares nos permite observar cómo se ha ido distorsionando la aplicación de la detención preventiva. Se ha llegado a una primacía de la figura del *fiscal* quien, incluso estando ausente en la audiencia, podría lograr una resolución en sentido favorable a su interés.

Por otra parte, la figura del *juez* ha sido alterada producto de ser visto como un operador del sistema con menos poder que la acusación e influenciado por la presión social y el clamor popular al momento de tener que resolver.

Ante este escenario, la *defensa* no ha tenido mejor suerte, pues las prácticas inquisitivas que el sistema adversarial no ha podido desterrar, hacen que los defensores tengan la carga de la prueba sobre la concurrencia o no de los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares, en lugar de la acusación.

El relevamiento mencionado ha permitido identificar que, en general, los jueces se perciben como actores debilitados frente a las partes, expuestos tanto a las presiones de la opinión pública como de los medios de comunicación y los litigantes.

Como consecuencia, en ocasiones los jueces no se sienten legitimados para conducir la audiencia, lo que requeriría, por ejemplo, una intervención para evitar que las exposiciones de las partes se prolonguen más allá de lo necesario.

Lo mismo suele ocurrir al momento de decidir una medida menos gravosa que la solicitada por el fiscal. Pese a estar legalmente habilitados y estando convencidos por los antecedentes del caso, no todos están dispuestos a “arriesgarse” con una decisión que luego los ponga bajo sospecha de corrupción o los haga responsables del “fracaso” del sistema. Ante las demandas de la sociedad, no se sienten respaldados.

Por otro lado, se observaron obstáculos con los que los jueces tropiezan en sus quehaceres cotidianos y que en cierta forma les impiden tener un buen rendimiento en sus funciones. Pese al esfuerzo personal que puedan realizar, la programación y realización de audiencias se torna problemática. Los principales inconvenientes tienen que ver con su superposición y la correlativa ausencia de las partes.

Entre otros factores, esto se relaciona con la falta de criterios uniformes para la confección de las agendas y para la distribución de la carga de trabajo entre los juzgados, la falta de coordinación entre cada oficina y con las partes litigantes, las deficiencias del sistema de notificaciones y la falta de controles efectivos sobre las causas de las suspensiones.

Se encontró también que la cantidad de audiencias programadas y efectuadas por día es muy baja, pese a que la carga de trabajo percibida por jueces es alta. Esto sucede porque ocupan su tiempo cumpliendo otras tareas (administrativas y de tramitación de expediente) que absorben el tiempo de la realización de audiencias orales.

Junto a las reformas legales se identificaron otros problemas que tienen que ver con el entorno en que se desarrollan las audiencias. La forma en que se están llevando a cabo las audiencias y las prácticas que a diario reproducen los actores, son una readaptación del sistema escrito bajo el ropaje de la oralidad.

Las mismas prácticas han permitido que se desarrollen audiencias sin juez y partes. Estas observaciones también fueron compartidas por el Informe de la Fundación Construir (2016), que señala que la gestión continúa siendo crítica, pues sólo el 25% de las audiencias registradas se instalaron. A su vez, se examinó que fue el propio juez quien no estuvo presente en el 34% de las audiencias suspendidas.

Otros problemas guardan relación con el modo de realización de la audiencia. Es decir, cuando se producen sin presencia de alguna de las partes o litigando cuestiones no atinentes al objetivo de la misma, entre otros.

Las observaciones en diversos departamentos de Bolivia dan cuenta de un bajo número de audiencias programadas por día, elevada cantidad de suspendidas, otras con duraciones inusitadas y en las que el objeto del litigio se diluye por la falta de conducción de los jueces. Sumado a ello, en Cochabamba se observó que, algunos jueces realizan la audiencia sin la asistencia del fiscal, bajo la justificación que su función queda suplida con la presencia del querellante. En Sucre se observó que, las audiencias más suspendidas son las de medidas cautelares; mientras que en La Paz se sostuvo que cuando los fiscales no concurren, los jueces las llevan con base lo solicitado en el cuaderno de investigación.

De igual manera, en el estudio antes citado, se informa que el 26% de las audiencias se suspendieron porque ninguna de las partes se presentó. En ellas, el fiscal no concurrió en un 55% de los casos; el imputado estuvo ausente en un 47% de las audiencias programadas (cuando el 70% de ellos eran personas en situación de detención, por lo que llegar a la audiencia no dependía de su voluntad), y la falta de abogados defensores se dio en un 36% de los casos (Fundación Construir, 2016).

Otro grupo de problemas encuentra directa implicancia con el modo en el que se producen las resoluciones. Es decir, con la decisión que se toma sobre el fondo de la cuestión. No es posible que el juez tome una decisión justa si alguna de las partes –fiscal o defensor– no está presente, o bien si pese a concurrir, la litigación no es limpia porque no se entiende cuál es la disputa en concreto o no se advierte que en realidad no hay contradictorio.

La falta de destrezas de litigación ha tenido una cuota importante de responsabilidad, pero también la reiteración de prácticas del sistema inquisitivo anterior a la reforma: las decisiones tomadas con base en la información de la carpeta de investigación o el cuaderno de control del juzgado, en desmedro de la información producida en audiencia.

Lo descrito es la razón de ser de este protocolo, por cuanto brinda una guía práctica para estandarizar un modo de trabajo que redefine cuestiones operativas y se funda en información que han brindado los propios actores del sistema. También se toman datos obtenidos al presenciar audiencias en los departamentos a los que se hizo referencia en el estudio relacionado a esta guía.

Cabe mencionar que existen problemáticas que tienen que ver con la infraestructura y las condiciones edilicias que exceden el ámbito de este protocolo. No obstante, al haber sido advertidas, se intentará analizar algunas acciones concretas que -sin implicar grandes recursos financieros- puedan incidir positivamente en una metodología de trabajo en audiencias como la que se propone.

1.2 Guía práctica para abordar los problemas: el protocolo

Esta guía operativa pretende contribuir a contrarrestar y erradicar los problemas que se han detectado en la sustanciación de las audiencias de medidas cautelares. En particular, propone herramientas para estandarizar la actuación de los jueces en su tarea cotidiana, que los fortalecerá individualmente y también al Órgano Judicial.

El protocolo intenta ayudar a superar algunas de las situaciones apuntadas por los propios jueces al momento de realizar entrevistas. Se han identificado los siguientes problemas y el modo en que se pretende responder ante los mismos:

Problemas que se mencionaron en las entrevistas en Bolivia	Respuestas que aparecen en este protocolo
Falta de cursos que permitan unificar y homogeneizar criterios al interior del Órgano Judicial.	Guías jurisprudenciales y prácticas que permitan unificar criterios.
Falta de cursos que permitan incorporar herramientas que sirvan a la práctica cotidiana.	Sugerencias concretas para enfrentarse a la tarea cotidiana.
No tener el control de la audiencia que dirigen.	Sugerencias para dirigir la audiencia, obligar a las partes a hacer planteos en forma concreta y evitar que los abogados hagan lo que quieren.
Falta de identificación de tipos penales y argumentación jurídica.	Profundizar conocimientos sobre la teoría del caso. Acciones para identificar la audiencia como una discusión de cuestiones en forma escalonada.

Problemas que se mencionaron en las entrevistas en Bolivia	Respuestas que aparecen en este protocolo
Falta de reconocimiento a la autoridad del juez.	Ejercicios para que el juez advierta como parte central del sistema de audiencias, porque es quien las dirige y quien las resuelve.
Falta de independencia interna.	Advertir que todos los jueces forman el conglomerado del Órgano Judicial, pero que cada juez es soberano respecto del problema que tiene que resolver.
Falta de independencia externa: presiones populares y mediáticas.	Sugerencias para evitar que esa presión encuentre eco en la resolución judicial.
Problemas de agenda.	Sugerencias para superar dificultades de agenda, aun cuando no se cuente con la Oficina de Gestión de Audiencias.
Problemas con las estadísticas y el control de los detenidos preventivos.	Sugerencias para llevar el control de los detenidos.

La finalidad de este protocolo es brindar pautas concretas para intentar influir en la solución de los problemas que los propios jueces del sistema indicaron como obstáculos que les impiden llevar de mejor manera su función.

Por ello en este protocolo se trabaja sobre los siguientes ejes:

- Sentido e implicancias de la oralidad (capítulo 2);
- Marco legal internacional y local sobre la detención preventiva (capítulo 3);
- Principios y lineamientos de actuación del juez en la audiencia (capítulo 4);
- Estructura y rol del juez en la audiencia de medida cautelar (capítulo 5);
- Entorno de condiciones para el trabajo efectivo del juez (capítulo 6); y
- Consejos prácticos para las audiencias de medida cautelar (capítulo 7).

En el capítulo que sigue se explica cuál es la importancia de la oralidad y qué es lo que ella implica. En el capítulo 3 se ve que esa relevancia no es una ocurrencia, sino que se relaciona con las obligaciones asumidas por todos los Estados de la región. En este sentido resulta interesante contrastar el marco normativo y jurisprudencial local con el internacional, en lo que se refiere a la detención preventiva.

A large, stylized number '2' is rendered in a light blue color, set against a solid blue background. The '2' is composed of two overlapping curved shapes, giving it a modern, graphic appearance. It is positioned in the upper right quadrant of the page, partially overlapping the white header area.

LAS AUDIENCIAS. SENTIDO E
IMPLICANCIAS DE LA ORALIDAD

2. LAS AUDIENCIAS. SENTIDO E IMPLICANCIAS DE LA ORALIDAD

2.1 Oralidad como método de trabajo y sus implicancias

Es posible denominar “audiencia” a muchas puestas en escena de situaciones que nada tienen que ver con ella. Un sistema de justicia efectivo debe concretar la aplicación real de los principios de oralidad, intermediación, publicidad, contradicción y celeridad.

Pero esto que se tiene en claro desde la teoría, no es sencillo de poner en práctica por diversas razones. Muchas de ellas han sido relevadas en el *Estudio Diagnóstico de la Detención Preventiva* que nutre a este protocolo y, a partir de esos problemas, es que se han escrito estas líneas.

Uno de los principales inconvenientes de un modelo por audiencias se da cuando no se realizan. Aquello que se pensó como sistema y metodología para tomar decisiones de calidad en forma más ágil e inmediata, termina siendo lo que hace demorar el proceso por desencuentros o déficits de la gestión administrativa.

Otra dificultad, la más extendida, surge cuando la audiencia se hace pero con baja intensidad: con una oralidad, intermediación y contradicción ficticias. Ello sucede, por ejemplo, cuando el juez se ve obligado a leer un escrito presentado por el fiscal porque éste no compareció, o cuando simplemente la defensa le entrega algunos documentos (certificados de domicilio, contratos de anticrético, contratos de trabajo, etc.) con la idea que eso, por sí solo, consiste en demostrar el arraigo de su asistido.

La audiencia no solo es necesaria porque así lo dice la ley, sino por cuanto resulta ser una plataforma dinámica y veloz para resolver. Sin embargo, esto sólo se logra cuando se realiza de forma apropiada. Para que las audiencias alcancen los resultados esperados, las partes deben dialogar, el juez dirigir y resolver en función de lo manifestado en su presencia.

Leer unas 10 páginas insume aproximadamente unos 20 minutos. Pero decir la información necesaria de esas 10 páginas hablando coloquialmente no toma más que 5 minutos.

Ciertamente los jueces son quienes deben resolver, pero no puede esperarse que suplan de ninguna manera a las partes porque es obligación de éstas estar presentes e intentar convencerlos a través de la información que transmiten.

Por el principio de contradicción, no es el juez quien debe ver, por ejemplo, si los documentos que presenta la defensa alcanzan o no a satisfacer el concepto de arraigo. En cambio, ese tamiz lo debe hacer la acusación como contraparte y, en su caso, explicar por qué considera que es o no suficiente el planteo que se realiza. De otro modo pareciera que el único rol del juez en las audiencias de medidas cautelares es el de “lector”, en tanto lee lo que presentaron las partes. A esto es a lo que el documento se refiere con “audiencias de baja calidad”.

El juez tiene un rol fundamental en el proceso, por cuanto es quien debe dirigir la audiencia y tomar una decisión sobre la base de la información de calidad que las partes le suministren luego de la contradicción.

2.2 Presencia de los actores interesados

Un sistema de audiencias requiere la presencia de todas las partes intervinientes: juez, fiscal, defensor, imputado y, eventualmente, víctima y abogado, en un mismo lugar, a la misma hora y el mismo día. Sólo ello garantiza la inmediación.

Ningún juez debería comenzar una audiencia sin las partes presentes, pues es un requisito sustancial que éstas concurran a la misma.

La principal causa de este tipo de problemas es la carencia de una agenda única. Sin perjuicio de ello, es igualmente posible que todas las partes estén presentes y asistan a todas las audiencias. Para ello solo se requiere acordar algunas cuestiones operativas, que son desarrolladas posteriormente en este protocolo.

Junto con lo anterior, se requiere que esas partes “hablen”. Es decir, que se expresen de manera oral y que cada una de ellas lo haga en pos de sus propios intereses. Por último, es esencial que el juez resuelva en esa misma audiencia.

Una audiencia exige, en sí, que las partes formulen sus peticiones sustentadas en argumentos, los que a la vez deberán estar respaldados en cierta información recopilada por cada una de ellas. Esto confirma que las partes están obligadas a asumir el litigio, teniendo en claro cuáles son los puntos en contradicción. Las partes no van a una audiencia a conversar, lo hacen para formular un planteo estratégico que debe tener un objetivo y un fundamento.

Al decir de Binder (2013), desde la dinámica adversarial se contribuye a la construcción de la verdad, presentando el caso de un modo tal que no oculte la gestión de los intereses en juego. Esta presentación estratégica de la verdad no es un menoscabo, sino una condición de fortalecimiento del sistema acusatorio y la existencia del principio acusatorio es lo que nos permite que exista verdadera imparcialidad.

Las partes no pueden llegar a la audiencia sin saber qué plantear ni sin fundamentos y es función del juez exigirles que concreten sus planteos. Si no hay planteamientos ni peticiones, la función del juez no tiene sentido alguno. Resulta una pérdida de tiempo y de dinero para todos los actores del sistema.

Un sistema de audiencias requiere de partes peticionando y de un juez que, a la par de conducir, les exija exponer de un modo coherente y adecuado tal petición porque sobre ello deberá resolver. Esto no se satisface con la presentación previa de escritos, que en muchas

ocasiones es el requisito legal previo a la fijación de la audiencia, porque el único antecedente válido para la decisión tomada por los jueces es la información producida en ella.

Es necesario que el juez tenga en claro cuáles son las cuestiones de hecho que están en juego y a partir de qué evidencia las partes respaldan sus peticiones.

2.3 Producción y control de información de alta calidad

En las audiencias no se produce prueba, por lo que las partes deben ser quienes brinden la información necesaria para que se tome una decisión justa. A su vez, será tarea del juez conocer esa información y exigir a las partes que se la transmitan para poder cumplir con su labor. Por eso debe ser proactivo en su desempeño.

Esa tarea no significa que el juez supla la actividad de una de las partes, sino que sea el director de audiencia y promueva que los litigantes desarrollen su función.

Por ejemplo, si la acusación se limita a decir que solicita la detención preventiva porque el imputado no tiene arraigo y la defensa no objeta la falta de precisión de lo alegado, el juez deberá indagar en la razón de esa afirmación. Es decir, promoverá que el fiscal explique a través de argumentos claros y concretos por qué en dicho caso no hay arraigo y, consecuentemente, apoyar esa posición con base en la información que haya podido reunir en su investigación.

La simple manifestación de que el imputado no tiene arraigo no permite conocer, por ejemplo, si es que no tiene un domicilio fijo, si es o no dueño de la vivienda donde reside, si hace pocos días que vive en esa casa, si tiene un domicilio fijo pero fuera de la ciudad donde se ubica el juzgado, si no posee un domicilio laboral y otras tantas posibilidades. Nada de ello es indiferente y el juez puede valorarlo de manera disímil a la hora de determinar si existe peligro de fuga porque el imputado no tiene arraigo.

Entonces, una de las principales funciones del juez en la audiencia es requerir a las partes que provean la información necesaria para llegar a una resolución justa.

El contradictorio es lo que permite la obtención de información de alta calidad:



¿Qué sucede con un fiscal que no solicita o lo hace, sin argumentos? Pues la respuesta aparece como obvia: el juez no debería dar lugar a esa solicitud.

Los responsables frente a la sociedad respecto de las decisiones que se toman en un proceso son todos los actores que participaron de esa audiencia, no sólo los jueces. Si suplieran a los fiscales no estarían siendo imparciales, que es lo que su cargo exige.

Desde la otra mirada, si el litigante espera una decisión justa, no sólo debe presentar al juez los hechos del caso, sino además la información que permita sostener los argumentos por los cuales afirma que tales hechos ocurren de la forma que dice.

Recuérdese que aquí se habla de evidencia, porque ésta es la que permite “probar” un hecho. Sólo si esa evidencia ha sido incorporada válidamente al proceso y resulta relevante para acreditar el hecho que pretende, podrá ser llamada prueba. Por eso es que técnicamente resulta mucho más correcto hablar de “prueba” cuando se refiere a aquello que se rinde y presenta físicamente en la etapa del juicio.

Por lo expresado, se afirma que la oralidad en un sistema de audiencias es un desafío que atañe a todos por igual –jueces, defensores y fiscales– y que resulta ser la mejor vía para la resolución de conflictos. Permite una necesaria interacción entre el emisor y el receptor de un mensaje, que hace del discurso hablado algo espontáneo e imposible de ser borrado una vez dicho. Permite recursos distintos a los escritos (tonos, intensidad, lenguaje corporal, lenguaje gestual, etc.), y posibilita además la entrega de información de parte del emisor.

2.4 Tipos de audiencias

El tipo de controversia que pueda producirse dependerá del modelo de audiencia que se trate. Cuando se discute la detención preventiva, en términos generales, estaremos en presencia de una audiencia controversial donde el juez no está llamado a escuchar acuerdos sino una disputa acerca de si corresponde o no dictar una medida cautelar de coerción.

Se dice “en términos generales” porque puede pasar que las partes lleguen a plantear una medida cautelar distinta a la detención preventiva, o que el propio fiscal -luego de escuchar a la defensa- advierta que esto es lo que corresponde. En ese caso, habrá menos controversia siempre que las partes estén de acuerdo con las condiciones.

Aun si este fuera el caso, el juez que dirige la audiencia y es llamado a resolver, podrá reclamar información a las partes si estima necesario para poder pronunciar una decisión conforme a derecho.

De ahí que el juez debiera ser estricto con el litigante que se presenta en su juzgado sin conocer el caso o a qué tipo de audiencia está concurriendo, ni cuál es su objeto. Si esto fuera

así, además de las medidas disciplinarias que correspondan, el juzgador no debería tener en consideración el pedido que esa parte presenta, ni mucho menos suplir su actividad.

Es que el juez es el único funcionario de un sistema judicial constitucional al que se le exige no representar y, por consiguiente, no gestionar ningún interés en particular. Por ello no puede suplir la labor de ninguna de las partes en la audiencia, tampoco resolver sobre cuestiones que no hayan sido presentadas por ellas (Binder, 2013).

De la misma manera, es el juez, como encargado de dirigir la audiencia, quien garantizará a las partes las herramientas necesarias para formular sus peticiones u oposiciones, concediendo a cada una, los mismos tiempos y recursos.

La decisión judicial “tiene al menos tres características relevantes: a) es un acto ilocucionario asertivo, pues está compuesto por un conjunto de enunciados que describen hechos, b) es neutral y supra partes: el juez no tiene un propósito particular que alcanzar, excepto aquel de entregar una decisión cuidada y justa (...), c) esa historia es verdadera no solamente en el sentido que tiene la presentación de veracidad, sino porque es verdadera sobre la base del fundamento ofrecido por los elementos de prueba aportados y valorados” (Taruffo, 2008, p. 204). En otras palabras, verdadera es equivalente a probada.

Este punto merece que se haga un paréntesis para entender mejor esta cuestión. “*verdad probada*” no quiere decir que en una audiencia de medida cautelar el juez solicite *convicción absoluta* sobre el particular. Este estándar, que es el más alto en el sistema procesal penal, sólo es requerido para el momento en el que se dicta una sentencia condenatoria.

La “*verdad*” a la que se hace referencia, en lo que a audiencias de medidas cautelares se refiere, implica que exista una correlación entre la información que ha quedado acreditada y su contradictorio, con aquello que es establecido en la resolución. Para ponerlo en términos llanos, si en la resolución el juez afirma que no corresponde decretar la detención preventiva porque no existe peligro de fuga pues el imputado tiene arraigo (domicilio y familia), carece de los medios económicos para huir y ha comparecido al proceso cada vez que ha sido convocado, esa afirmación tiene que encontrar correlato con la información que se ha discutido en la audiencia.

Luego, la idea de que está “*probada*” no tiene vinculación con la cantidad ni el volumen de la documentación en la que esa información encuentra respaldo. Por el contrario, posee relación con la *información de calidad* que ha resultado del contradictorio y que ha sido depurada en la propia audiencia.

El proceso adversarial, a diferencia del inquisitivo, parte de la idea de la confrontación y que la misma se lleva a cabo de buena fe. El sistema de audiencias pretende hacer un proceso penal más ágil, donde en un mismo encuentro puedan resolverse todas las cuestiones po-

sibles y no tornar al procedimiento penal en algo lento y costoso por tener que fijarse una audiencia para cada cuestión a resolver.

Por ello, si las partes no han conversado de forma previa, el juez como director de la audiencia debería posibilitar el diálogo para resolver sobre el nuevo planteo en ese momento, sin tener que retrotraer el proceso. Se debería dar tiempo a las partes para que puedan plantear esa cuestión en una misma y única oportunidad.

Si se ha convocado a las partes para discutir una medida cautelar y en ese momento la fiscalía advierte que no se hará lugar, nada le impediría plantear un acuerdo de procedimiento abreviado y resolver todas las cuestiones en una misma y única audiencia. En el caso recién planteado, si el fiscal explicó que había peligro de fuga, pero el juez no estuvo de acuerdo con ello porque lo exiguo de la pena prevista para el delito resultaba desproporcionado imponer esa medida cautelar, sería posible que la acusación intente arribar a un acuerdo de procedimiento abreviado, razón por la que se debería facilitar la discusión sobre esa salida anticipada al proceso.

Así, el juzgador no solo puede estar ante una audiencia consensual o adversarial, sino al mismo tiempo frente a la realización de diversos planteos (impugnación respecto de algún acto y detención preventiva, por ejemplo). Se trata, entonces, de una **audiencia pluriobjetivos** en la que el juez debería ser flexible para trabajar todo cuando sea posible de ser resuelto en ese mismo acto.

Es frecuente que en las audiencias de prisión preventiva, las defensas hagan planteos vinculados a nulidades o falta de valoración de cierta evidencia. El juez tendría que resolver primero esas cuestiones si están relacionadas con el pedido y luego lo atinente a la medida cautelar.

Las **audiencias bilaterales** son aquellas donde deben participar necesariamente la acusación y la defensa, que por la naturaleza adversarial de los planteos se torna necesario comunicar y trasladar lo peticionado a la contraparte. Un ejemplo de ello está dado por la audiencia de formalización de la investigación o imputación.

El caso de las **audiencias unilaterales** es el más excepcional de todos, por la idea que tiende a asociar audiencia con una cuestión controversial. Se trata de aquellos casos donde, por el tipo de asunto, solo están presentes el fiscal y el juez. En términos generales están previstas para la solicitud de medidas de prueba sin comunicación al afectado: allanamientos de domicilio, secuestros, entre otras.

Las **audiencias multipartes**, en cambio, son aquellas a las que puede comparecer cualquiera que sea parte en el proceso, más allá del fiscal y del defensor. Son los casos donde estarán presentes también el querellante o particular damnificado, el actor civil y el civilmente demandado, el citado en garantía, y cualquiera otra parte que tenga derecho a que se resuelva sobre sus intereses en el proceso, incluso la víctima.

La regla general es que la audiencia será pública, salvo en aquellos casos en los que el fiscal pueda justificar que por el tipo de solicitud que debe realizar y en función del éxito de la investigación, no puede haber público en la sala.

En términos generales, la idea de una audiencia unilateral va de la mano que no sea pública. Aunque también podríamos pensar en otros casos, como por ejemplo en aquellos de anticipo de pruebas, donde se pueda poner en juego el pudor de la persona que va a prestar declaración y, por lo tanto, se admita la bilateralidad o multilateralidad, pero no la publicidad de la audiencia.

La precisión en el cumplimiento del propio rol y el respeto por el que lleva adelante el contrario es una muestra acabada de la comprensión del proceso y el modo en el que debe desarrollarse una audiencia. La responsabilidad alcanza al juez que no debe permitir que cada parte incumpla con su función.

2.5 Recapitulación

A partir de los capítulos que siguen, este protocolo tiene como objetivo ayudar a los jueces y a las partes a que el sistema de audiencias se fortalezca. No sólo les permitirá cumplir con la ley, sino que verán que hace de la tarea cotidiana algo más sencillo de llevar a cabo.

Para llegar a ese punto, conviene tener presente qué es lo que sucede hoy, y qué es lo que tendría que suceder si se reconoce que la audiencia es la única plataforma para que la oralidad sea el método de trabajo principal.

Lo que sucede en las “audiencias” en Bolivia	Lo que implica un verdadero sistema de audiencias
Partes ausentes.	Partes presentes.
Juez ausente.	Juez presente.
Juez que abre la audiencia y luego deja que las partes hablen el tiempo y sobre los puntos que consideren necesarios.	<p>Juez que abre la audiencia y controla los tiempos y los puntos de discusión.</p> <p>Juez que da por acabada una discusión entre las partes.</p>
Fiscal que no “habla” en la audiencia porque lo que se discute ya está en un requerimiento escrito.	Fiscal que requiere oralmente en la audiencia.

Lo que sucede en las “audiencias” en Bolivia	Lo que implica un verdadero sistema de audiencias
Fiscal que habla en la audiencia, pero no “dice” (porque no argumenta, sólo da títulos).	Fiscal que da sentido a su pedido argumentando con base en información concreta.
Defensa que tiene la carga de la prueba.	Defensa que contradice punto por punto al fiscal.
Juez que lee una resolución (previamente escrita).	Juez que resuelve oralmente y en vivo en la audiencia.

Lo que sucede en Bolivia en las audiencias de medidas cautelares	Lo que implica una audiencia de medidas cautelares
Juez que abre la audiencia sin explicitar por qué están allí, no hace que las partes se presenten, ni les hace saber cómo se va a trabajar en ese acto.	Juez que ordena el debate y establece momentos específicos para el ejercicio del contradictorio.
Fiscal que pide por títulos (ejemplo: “pido la detención preventiva por peligro de fuga”), sin argumentos ni brindar información.	Fiscal que ordena su pedido con base en tres puntos: materialidad, necesidad procesal (porque la medida es la única que evita el peligro), y tiempos.
Juez que no exige orden y coherencia en la petición del fiscal.	Juez que controla y ordena los puntos que se pretenden discutir.
Fiscal que se refiere al “peligro para la sociedad” en términos abstractos.	Juez que exige discusión sobre el peligro en el caso concreto.
Defensa que invierte la carga de la prueba (y muestra aquello que no fue acreditado por el fiscal).	Defensa que desacredita lo que el fiscal afirma en tanto éste tiene la carga.
Defensa que muestra documentos al juez.	Defensa que satisface la contradicción con argumentos con base en la información recolectada (documentada o no).
Juez que exige a la defensa documentos sellados y firmados.	Juez que no exige documentos formales y que funda su resolución en el contradictorio de las partes.
Juez que lee una resolución escrita para resolver en la audiencia.	Juez que resuelve en la audiencia, remitiéndose a los argumentos de alguna de las partes o generando nuevos.
Juez que lee y no mira a las partes.	Juez que da su resolución de cara a las partes.

MARCO LEGAL INTERNACIONAL Y NACIONAL
SOBRE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

3. MARCO LEGAL INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

El marco normativo en el que se inserta la detención preventiva es vasto tanto a nivel nacional como internacional y así lo demuestra la jurisprudencia al respecto.

En este acápite se presentan las razones por las que las interpretaciones legales sobre medidas cautelares deben pasar por el tamiz constitucional, así como por el ordenamiento internacional al que el Estado se ha comprometido.

Algunos de los supuestos de procedencia de la detención preventiva fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, tal como se reseña en el presente documento, y otros fueron cuestionados en el estudio del CEJA en virtud a los principios constitucionales y convencionales vigentes.

Para exponer la centralidad de dicho marco constitucional y convencional, se seleccionaron algunos extractos de las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional, que se pueden consultar en la sección de anexos del protocolo.

Se aborda, entre otros aspectos, la necesidad de que las decisiones sobre cuestiones contradictorias sean tomadas en audiencia y con celeridad (SCP 0904/2016-S3), entendida ésta en relación al principio de “ama qhilla” (SCP 1149/2015-S1 de 6 de noviembre), el carácter instrumental de las medidas de coerción y las finalidades legítimas que la justifican (SC 0012/2006-R de 4 de enero), la materialidad y el peligro procesal como requisitos de la detención preventiva (SCP 1805/2014 de 19 de septiembre), la necesidad de motivación de las resoluciones (SCP 0450/2012 de 29 de junio, ratificando lo señalado en la SC 0863/2007-R de 12 de diciembre), la relación entre la vigencia del principio de inocencia y la configuración de los peligros procesales (SCP 0056/2014 de 3 de enero), y la necesidad de probar los peligros procesales y la correlativa prohibición de fundar la detención preventiva en suposiciones (SCP 0795/2014 del 25 de abril).

Por otro lado, en los últimos años los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han pronunciado sobre la vigencia de presunción de inocencia, la excepcionalidad, el debido proceso y la obligación de fundamentar las decisiones, entre otros aspectos atinentes a la materia. Son principios que rigen la aplicación de medidas cautelares y serán mencionados a propósito de los capítulos 4 y 5 del protocolo (ver también ítem 2 de los Anexos).

Con la finalidad de visualizar el contexto en el que aquellas decisiones se enmarcan, se debe tener presente que en “Almonacid Arellano vs. Chile”, la Corte IDH sostuvo que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley. Por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

En un caso contra Bolivia, hace poco tiempo, la misma Corte volvió a remarcar ese criterio: “la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un *control de convencionalidad*, por lo que la interpretación y aplicación del derecho nacional debe ser consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos”¹.

A ello se suma que la Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, 1149/2015-S1, sostuvo que “el modelo de Estado Plurinacional Constitucional de Derecho de Bolivia, ha instituido el bloque de constitucionalidad por el cual, al margen de la Constitución como norma suprema, se contemplan también a los Tratados Internacionales referentes a los Derechos Humanos (Art. 410 de la CPE)”. En este sentido, a efectos de desglosar y desarrollar la detención preventiva, en el marco del presente caso se pasa a delimitar su razón de ser, desde un *control de convencionalidad*, que permitirá la aplicación efectiva y uniforme de los estándares elaborados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en relación a las personas privadas de libertad.

Entonces, el control de convencionalidad tiene que ser efectuado (aunque no se formalice de ese modo), por los jueces que resuelven en esas audiencias si pretenden que sus sentencias no sean anuladas posteriormente.

El propósito de esta guía es colaborar con esa función del juez. Para lograr este objetivo, se exponen en forma gráfica los principios que deben guiar la interpretación de las normas vinculadas a las medidas de coerción.

Las preguntas que el juez podrá tener presente en una audiencia de medida cautelar son las siguientes:

¿Hay un hecho?

¿Pudo haber participado el imputado?

¿Ese hecho puede configurar un delito?

¿Existe riesgo de fuga?

¿Existe riesgo de obstaculización?

Si la respuesta ante eso es sí, entonces: ¿Cuál es ese riesgo? ¿Es más de uno? ¿Cuál es la medida menos lesiva que permite evitarlo? ¿Cuánto tiempo puede durar ese riesgo y por lo tanto la medida?

¹ Corte IDH: Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Sentencia del 1 de diciembre de 2016 Fondo, Reparaciones y Costas.

Lo anterior puede resumirse en el siguiente cuadro:

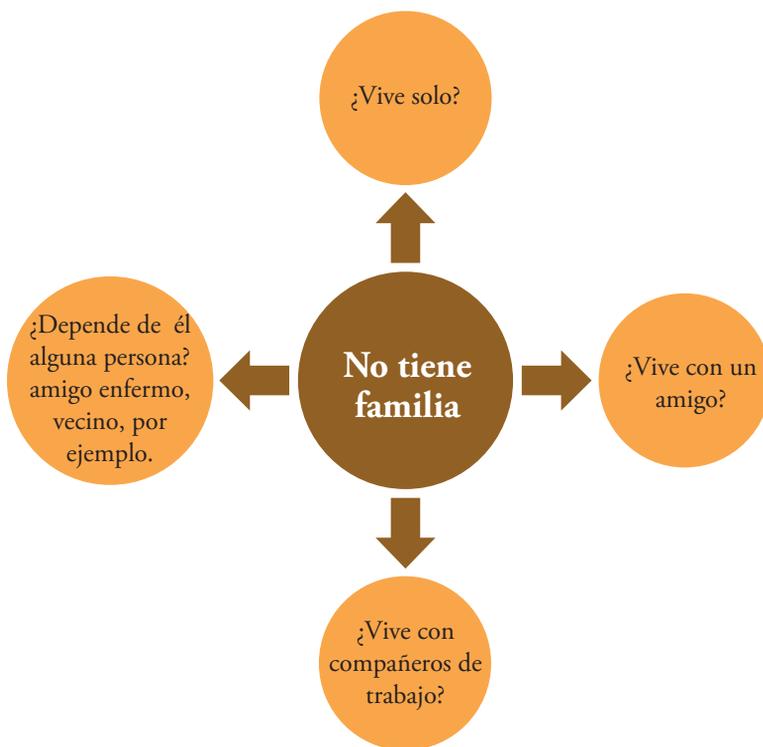
<p>Materialidad y participación en los hechos</p> <p>Corte IDH, “Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay”, sentencia de 2/9/2004, Serie C, N° 112, § 228; “Tibi vs. Ecuador”, sentencia de 7/9/2004, Serie C, N° 114, § 106; “Acosta Calderón vs. Ecuador”, sentencia de 24/6/2005, Serie C, N° 129, § 74; “Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia de 23/11/2005, Serie C, N° 135, § 197; “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, sentencia de 25/11/2005, Serie C, N° 137, § 106.</p> <p>Principios de</p> <p>Legalidad Lesividad Necesidad Culpabilidad</p> <p>Garantía del hecho</p>	<p>Necesidad de cautelar la libertad</p> <p>(Excepcional, justificada, racional, indispensable)</p> <p>Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170. Párr. 128.</p> <p>Libertad como regla - Principio de inocencia - Restricción de la libertad sólo para asegurar el descubrimiento de la verdad (Art. 22 y 23.I de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia), Art. 7 CADH y 9 PIDCP. Art. 6 Reglas de Tokio.</p> <p>Peligro de fuga</p> <p>Peligro de obstaculización</p>	<p>Medida y tiempo</p> <p>(Proporcional, limitada, revisable, revocable)</p> <p>Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170. Párr. 128.</p> <p>¿Qué medida cautelar es la que, siendo la menos lesiva, permite evitar el peligro?</p> <p>Ver el catálogo de medidas del Art. 240, 242, 243 y 253 del Código de Procedimiento Penal. Art. 6 Reglas de Tokio</p> <p>La última a evaluar dentro de ese catálogo es la detención preventiva.</p> <p>¿Por cuánto tiempo es necesaria esa medida cautelar?</p>
--	---	---

Por otra parte, algunos de esos riesgos podrán ser (Art. 234 del CPP):



Sin embargo, esa enunciación aún debe ser interpretada ¿qué significa “falta de domicilio”? Esto no puede implicar solamente no ser *dueño* de la vivienda donde se reside, ni tampoco se satisface con la circunstancia de no tener un contrato de alquiler en determinado inmueble. ¿Por qué se afirma esto? Porque esos ejemplos legales tienen que ser interpretados a la luz de la noción de *fuga* y el principio de libertad.

Debe advertirse además que cada una de las pequeñas imágenes del cuadro anterior puede desarrollarse en muchas otras, tal como se ilustra a continuación. Ello nos demuestra que no es suficiente referirse al “arraigo” o al “domicilio” o no tener familia para evaluar el peligro.



Debe advertirse que muchas de las nociones legales para considerar el peligro de fuga son incompatibles, por lo que no deberían ser planteadas al mismo tiempo. Nos referimos, por ejemplo a los casos en los que se señala que “no tiene trabajo, ni negocio conocido” y, por otra parte, que “tiene facilidades para dejar el domicilio”. Ante tal afirmación, una pregunta de sentido común sería ¿cómo puede alguien que no tiene trabajo ni negocio conocido tener la facilidad “económica” para dejar el domicilio?

Cuando uno comienza a pensar en las causales legales que llevan a presumir los riesgos procesales en un caso, advierte que hay que ser extremadamente cuidadoso con aquella que se escogerá, pues si son varias, puede ser que plantearlas de forma coexistente sea contradictorio.

A continuación, e imaginando que nos encontramos ante una situación de peligro de fuga que amerita una cautelar, el juez deberá dar inicio a una segunda evaluación verificando todas y cada una de las medidas que harían desaparecer el peligro. En tal situación deberá elegir la menos lesiva.

Antes de imponer una detención preventiva, se debería determinar por qué las otras medidas no alcanzan para desvirtuar el peligro (Art. 240 del CPP). Si el fiscal puede afirmar, de forma respaldada, que ninguna de ellas permite neutralizar el riesgo del que se trate, el juez podrá considerar la detención preventiva.

No obstante, en cualquiera de estos casos y siguiendo la línea de la Corte IDH², el juez siempre deberá tener por cierto que esa medida es:

- a. Excepcional. No ordinaria, rutinaria, ni sistemática;
- b. Justificada. 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 resuelva con formalidad y exprese los motivos y fundamentos en que apoya el mandamiento;
- d. Indispensable para alcanzar el fin legítimo que con ella se pretende;
- e. Proporcional a la cautela;
- f. Limitada, tanto como sea factible, en intensidad y duración;
- g. Revisable 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); y
- h. Revocable o sustituible cuando se ha superado el tiempo razonable de vigencia, tomando en cuenta sus características concretas.

En las audiencias relevadas no se observó un análisis similar a la hora de resolver. Se vio a fiscales solicitando “detención preventiva”, a defensores “probando mediante documentación” que su asistido era o no dueño de la propiedad donde vivía, y a jueces que no sólo no conducían sino que a la hora de resolver lo hacían con base en los escritos y que, por obvias razones, estaban elaborados antes de la realización de la audiencia.

Esas prácticas pueden modificarse si los jueces comienzan a dirigir y resolver en la audiencia. Junto a ello deberán tener presente que la detención preventiva es una de varias formas de restringir la libertad de un imputado que, por su gravedad, es la última que debe ser tomada en cuenta (asumiendo que existe información que permite tener por cierta la materialidad y la participación, así como la existencia de un peligro procesal).

² Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, Voto razonado del Juez García Ramírez, párrafo 7.

4

**LINEAMIENTOS DE ACTUACIÓN
DEL JUEZ EN LA AUDIENCIA**

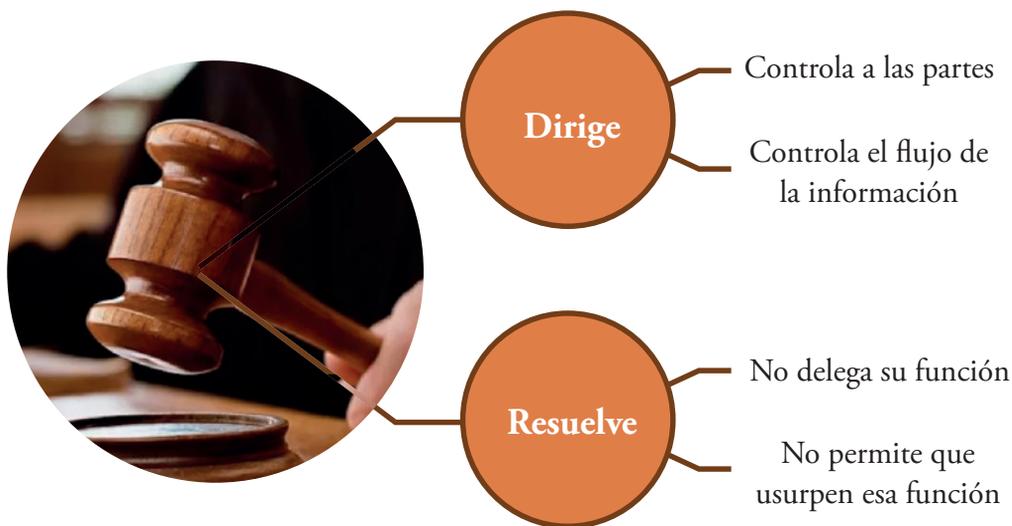
4. LINEAMIENTOS DE ACTUACIÓN DEL JUEZ EN LA AUDIENCIA

4.1 Funciones de dirección y decisión

El juez tiene dos funciones: *dirigir* la audiencia y *resolver* sobre todo lo que en ella se plan-tee. Ambas labores son exclusivas y no pueden ser delegadas a ninguna persona ni nadie puede usurparlas.

Además, estas tareas están íntimamente ligadas. De tal forma que el juez que no dirige luego no podrá resolver, al no tener claro cuáles son los puntos de discusión, o peor aún, el hecho sobre el que se discute en la audiencia.

Estas dos funciones se ven reflejadas en la siguiente imagen:



El juez tiene que ser sumamente celoso de la primera función, de dirección, porque de lo contrario afectará inmediatamente la segunda tarea: tomar la decisión sobre el caso. Si no dirige bien su propia audiencia, tampoco podrá tomar una decisión de buena calidad.

Un juez que plantea que las partes son desordenadas y que hacen lo que quieren en la audiencia es porque no observa la potencialidad de su rol. Esto puede suceder por inexperiencia, mal entendida cortesía hacia las partes, o por no saber cómo reaccionar. Lo cierto es que el único responsable del desorden en las peticiones es el propio juez.

Cuando se afirma que el juez es director de la audiencia y las partes son los actores –tal como sucede en una obra de teatro– lo que se quiere remarcar es que el juez es quien va a imponer

las reglas del juego (ya conocida por todos), y el que va a señalar cómo termina esa puja entre las dos partes. De ahí la relevancia de su rol.

El juez no tiene interés alguno en la resolución del pleito en uno u otro sentido. Sin embargo, sabe que ha sido llamado a resolver alguna cuestión. Por lo tanto, para poder desarrollar esa función de buena manera, deberá dirigir el debate de la misma forma.

Se reafirma la necesidad que en la audiencia estén presentes juez, fiscal y defensor. Como ya se mencionó, una de las principales razones de suspensión es la incomparecencia de alguna de esas partes, lo que de por sí es llamativo. No obstante, resulta más alarmante que se realice sin alguno de los actores (fiscal, por ejemplo), y que igualmente se disponga una detención preventiva.

Por las razones apuntadas en el acápite 2 de esta guía, y principalmente por el principio acusatorio, no puede llevarse a cabo una audiencia si el órgano requirente no está presente en ella (más allá que haya remitido su pedido por escrito). El juez no puede tomar una decisión de alta calidad si el contradictorio no se da en la propia audiencia.

Para ello es necesario que todas las partes estén presentes y sean quienes aporten información. Esto es así porque no alcanza con la enunciación del peligro. El fiscal debe, por un lado, argumentar por qué esa cuestión implica un peligro procesal (por qué no tener domicilio fijo satisface el peligro de fuga, por ejemplo), y además brindar la información de respaldo correspondiente.

Esto no quiere decir que en esa audiencia deba comparecer, por ejemplo, el arrendador del lugar donde antes vivía el imputado y prestar declaración puesto que no se trata de un “mini juicio”. En la audiencia no se produce prueba. No se reciben declaraciones testimoniales, no se realizan pericias caligráficas para conocer si la firma de un contrato de alquiler corresponde o no con la del imputado, ni técnicas documentales para saber si el sello que obra en el contrato corresponde o no con el del notario que certificó esa firma. Hacer cualquiera de estos actos sería convertir la instancia en un “mini juicio”.

Lo anterior no significa que el juez deba tomar decisiones infundadas. Por el contrario, debe exigir a las partes que indiquen la información en que fundan sus afirmaciones. Por más argumentación que se haya hecho sobre un tema, si no hay información la petición deberá ser descartada. El control de la información en esta audiencia es horizontal.



4.2 Identificación de hechos controvertidos

Binder (2013) sostiene que la “garantía del hecho” resulta ser la piedra angular sobre la que se ordenan las demás garantías, tanto las sustantivas como las de procedimiento.

Así, el autor entiende que la garantía del hecho ordena y agrupa a las demás garantías en tres dimensiones: como requisitos de verificabilidad del hecho, como condiciones de verificación del hecho y como reglas de comprobación del hecho.

Es decir, si no hay un hecho medianamente delimitado, sobre todo en los comienzos de la investigación preparatoria, no existe objeto procesal. Nada de lo que se discuta podrá tener sentido pues se discutirá en un plano abstracto.

La existencia de un hecho será condición de un proceso penal y, consecuentemente, de una audiencia en la que se discutan cuestiones relativas a él.

Explica Binder que es **requisito de verificabilidad** aquello sobre lo cual es necesario atribuir valor de verdad para evitar vaguedades e indeterminaciones. Lo que se concreta en proposiciones puntuales (participación, circunstancias, daño, medios, etc.), y permite alcanzar precisiones. Dentro de este primer grupo se encuentran estos principios:

1. Legalidad (no se trata de cualquier hecho sino del seleccionado por la ley);
2. Culpabilidad (que previene frente a la responsabilidad objetiva);
3. Lesividad (preserva de la reintroducción del derecho penal infraccional);
4. Proporcionalidad (vuelve operativa la concepción del derecho penal como última ratio y exige un vínculo entre la reacción y la gravedad del daño concreto).

Esos principios son garantías de primer orden pues delimitan, precisan y concretan la idea de hecho mediante calificaciones jurídicas. El juego de estos principios aumenta el nivel de protección y precisa aquello sobre lo cual se debe decir la verdad.

El segundo grupo de garantías se refiere a las **condiciones de verificación** del “hecho”, la construcción de la verdad está sometida a reglas de actuación que buscan evitar la arbitrariedad, la sorpresa y la manipulación. Son los requisitos, formas y normas de actuación que regulan el modo como se construye esta verdad, según la específica obligación de cada una de las partes. En este grupo encontramos las garantías de:

1. Imparcialidad (independencia, organización, juez natural, estabilidad e idoneidad), como se vio en la primera parte el juez no es gestor de un interés;

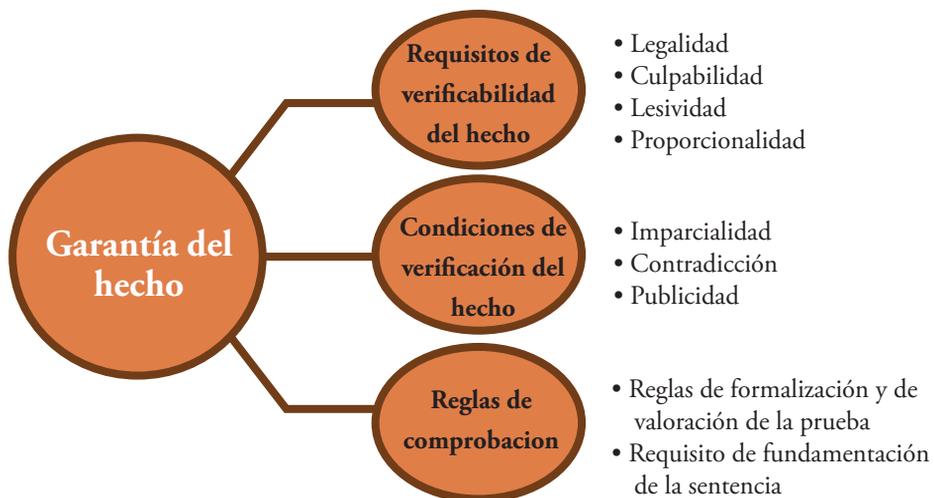
2. Contradicción (que tiene como corolario al derecho una acusación única, cierta y completa; al derecho de defensa y al derecho a ser tratado como inocente);
3. Publicidad (de la que se desprende la audiencia como método, nos preserva de la tendencia al secreto).

De esta forma, esas tres garantías básicas de imparcialidad, contradicción y publicidad –apuntaladas por las de segundo orden– se estructuran en la forma del juicio previo. Por ello, explica Binder (2013), que cuando se habla de oralidad lo que se quiere transmitir es que todo ciudadano tiene derecho a que no se le imponga una pena sin un juicio previo; y juicio no es cualquier trámite, sino la estructura (conjunto de formas vinculadas a los actos, sujetos, tiempo, espacio, coerción y caso), que sostiene la imparcialidad, la contradicción y la publicidad.

Finalmente, en el tercer grupo encontramos a las **reglas de comprobación**, que son el conjunto de filtros que evitan que la información llegue distorsionada o manipulada y, al mismo tiempo, el conjunto de reglas que dan guía y certeza a la construcción del relato final.

Es indispensable que todo este proceso de “descomposición y reconstrucción de los relatos” se encuentre reglamentado para evitar abusos, prejuicios o superficialidades. En esta categoría es posible agrupar a las reglas de prueba (que marcan esos límites): a la formalización de los medios de prueba (que conforman estatutos normativos precisos sobre el tratamiento de distintos “tipos” de relatos), a las reglas de valoración de la prueba y a las exigencias de fundamentación de la sentencia.

De acuerdo a lo reseñado, la garantía del hecho se integra conforme el siguiente gráfico:



Cabe aclarar que cuando se habla de hecho definido o delimitado no quiere decir que se requiera tener una certeza sobre su ocurrencia y la participación del imputado. Se trata que el hecho, que es objeto del proceso sobre el cual se está discutiendo la medida cautelar, esté demarcado de modo tal de dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿qué se hizo?, ¿quién lo hizo?, ¿cuándo lo hizo?, ¿dónde se hizo? y ¿cómo se hizo?

Para que esto se cumpla es necesario que el juez sea proactivo a la hora de exigir información que le permita conocer y entender qué es lo que están discutiendo.

De lo expuesto se puede resaltar que la tarea del juez asegura que se cumplan los requisitos de verificabilidad, las condiciones de verificación y las reglas de comprobación del hecho.

En muchas ocasiones los abogados gustan hablar de más y es frecuente que un litigante que se encuentre con un juez que no dirija la audiencia hable mucho, se explye y haga un uso extendido del tiempo, recurriendo a palabras técnicas de difícil comprensión. En estos casos es habitual que no se llegue a comprender qué es relevante para el caso.

Para resolver en forma justa, el juez necesita entender cuál es el hecho objeto de disputa. Si las partes no lo explicitan, no sólo no tendrá materia sobre la cual resolver sino que tampoco podrá dirigir la audiencia en forma correcta.

Una buena dirección dependerá de que el juzgador pueda reconducir las discusiones a aquello que generó controversia y sobre lo que tenga que ser tratado. Si el juez no conoce los hechos, será difícil reconducir esa discusión.

Ahora bien, ¿cómo juega esta idea de la garantía del hecho con las funciones del juez abordadas al principio de este apartado (dirigir y resolver)?

La función del juez está claramente relacionada con la garantía del hecho. En primer lugar, debe conducir esa audiencia de tal modo de asegurar que se cumpla con:

- Los **requisitos de verificabilidad** del hecho: implica controlar que la acusación señale qué hecho tiene por acreditado y en qué figura penal se subsume; y
- Las **condiciones de verificación**: incluyen la imparcialidad del juzgador que no tiene intereses creados de antemano (y por eso no podría dictar una medida cautelar mayor a la pedida por el fiscal), la oralidad como herramienta de requerimiento de las partes, la contradicción en el marco de la publicidad como el modo de obtener información de calidad, etc.
- Finalmente, el juez debe resolver de modo tal de satisfacer las **reglas de comprobación** que se relacionan con la función de solucionar sobre el hecho, con motivación que debe contener esa sentencia.

Por todo lo mencionado, una de las principales tareas del juez en una audiencia es llevar a que las partes hagan sus planteos en forma concreta y precisa, pero además en torno a un hecho en particular. Esto va a permitir circunscribir la discusión, evitar los planteos estériles y resolver sobre la contradicción.

Esto mismo es lo que ha señalado el SCP 0450/2012 de 29 de junio, ratificando la SC 0863/2007-R de 12 de diciembre, entre otras:

“...la garantía del debido proceso, comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió”.

La identificación de hechos controvertidos permitirá evitar la subjetividad y a ello tiene que aspirar la tarea de dirección que realice el juez. El juez debe corregir a las partes cuando pretendan llevar la discusión a cuestiones que no sean pertinentes, discutir sobre hechos no controvertidos o cuando sus alocuciones sean excesivas en relación a los hechos.

Es importante resaltar que *hecho* no es lo que está consignado tal cual en la denuncia o en el informe policial, sino que se trata de aquella porción de la realidad que la acusación entiende que tiene una cierta relevancia típica y en torno a la cual decide formular su acusación.

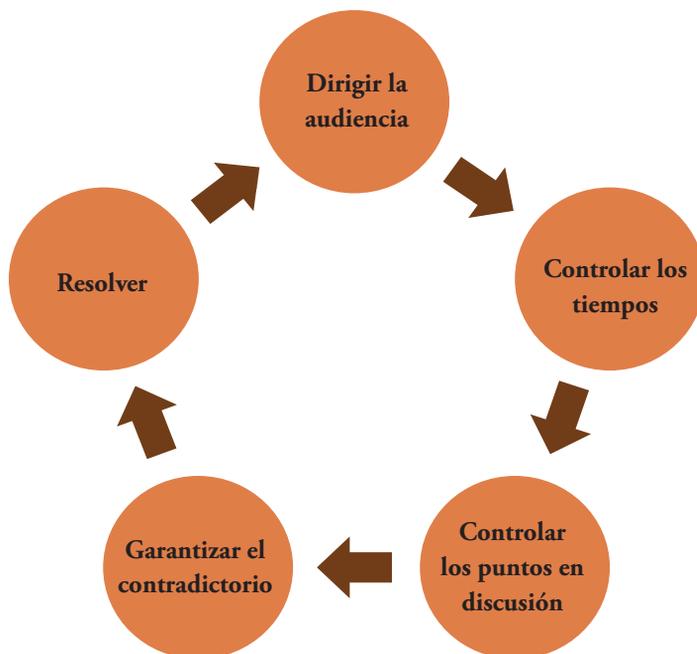
El juez no podrá tomar ninguna decisión si no conoce concretamente cuál es el hecho que está en discusión y un hecho no es un conjunto de teorías ni de teorizaciones, sino la descripción de una situación. En la descripción de ese hecho no puede faltar un tiempo (fecha y hora, o aproximaciones), un lugar, un sujeto que hace u omite hacer, en algunos casos un sujeto que es quien sufre ese hacer y algunas circunstancias particulares que circunscriben esa acción. Estas aclaraciones son cuestiones que a veces no quedan cubiertas por las intervenciones de las partes y es tarea del juez reconducir la discusión en este sentido.

4.3 Recapitulación

Tomando en cuenta las ideas que se han expuesto en este capítulo, se puede resumir que los lineamientos sobre la actuación del juez son los siguientes:

- Sin juez no hay audiencia posible;
- Son dos las funciones del juez en la audiencia: dirigirla y resolver sobre los planteos que se presenten;
- Dirigir la audiencia implica: controlar los tiempos, permitir que las partes determinen los puntos de discusión, pedir información necesaria para la resolución que deba tomarse, organizar la discusión de las partes para que se dé en forma ordenada y escalonada, controlar el juicio justo entre las partes, evitar que las partes discutan cuestiones no conducentes e identificar los hechos en discusión;
- Resolver en audiencia implica: identificar los planteos de las partes, reconocer cuáles de ellos implican un contrapunto sobre el que debe resolverse, tomar posición y fundarla conforme la ley ordena.

Estas tareas podrían graficarse sintéticamente del siguiente modo:

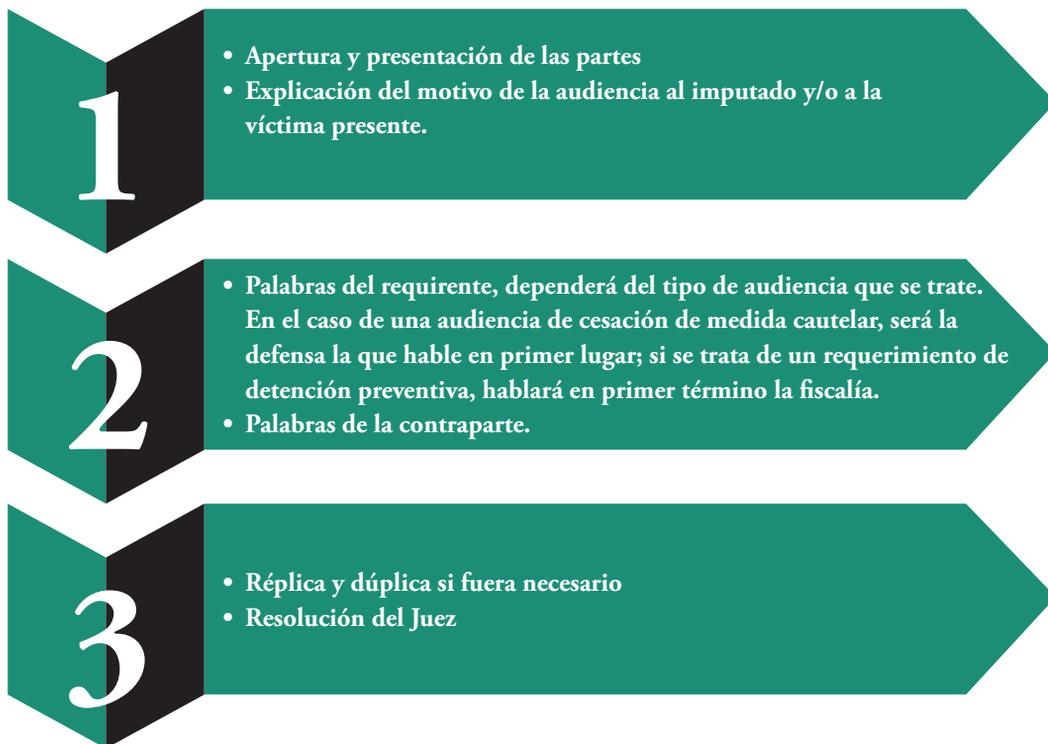


ESTRUCTURA Y ROL DEL JUEZ EN LA AUDIENCIA DE MEDIDA CAUTELAR

5. ESTRUCTURA Y ROL DEL JUEZ EN LA AUDIENCIA DE MEDIDA CAUTELAR

5.1 Dinámica general de la audiencia

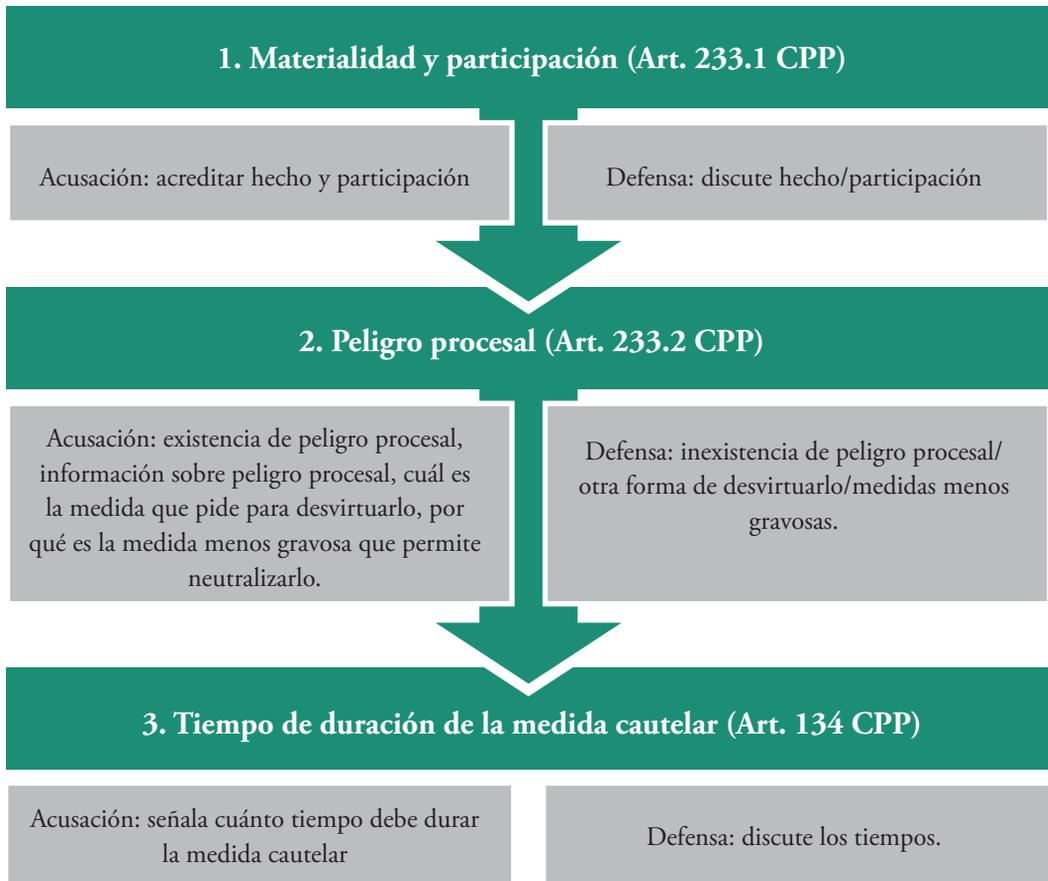
Toda audiencia tiene una estructura similar: apertura, explicación al imputado acerca del motivo de la misma, advertencias generales, intervenciones de la parte que solicitó la audiencia y de la contraparte (esto se dará tantas veces como “escalones” o cuestiones diferentes para discutir hayan), y resolución. Este ciclo puede ser graficado así:



En el caso de las audiencias de medidas cautelares, esos escalones o etapas de discusión son: presupuesto material (hecho y calificación legal), presupuesto procesal (peligros procesales) y tiempo por el que se solicita la medida (conforme actual Art. 233 CPP).

Ello no impide que pudiendo tratarse de una audiencia pluri objetivos, existan cuestiones incidentales que puedan trabajarse también en ese mismo momento (Arts. 308 al 314 del CPP). Incluso, pueden darse antes de tratarse la cuestión de la medida cautelar propiamente dicha. Tal sería el supuesto de prejudicialidad (Art. 308.1 CPP), por ejemplo.

Avocándonos a la estructura propia de una audiencia de medida cautelar, el punto 2 del cuadro que antecede se desplegaría como sigue:



De acuerdo a cada audiencia en particular, puede suceder que esos escalones de discusión lleven a algunos otros más pequeños. Por ejemplo, en el presupuesto material, también puede darse la discusión sobre la legalidad de la detención; o bien, que aparezcan nuevos escalones, como la discusión en esa misma audiencia sobre salidas alternativas al juicio (procedimiento abreviado, suspensiones del proceso a prueba y conciliaciones).

El juez será quien tenga presente todas estas etapas y el orden en el que debe estructurarse el contradictorio por los litigantes. No puede permitir que se discutan al inicio los peligros procesales si antes no quedó fijado el supuesto material; tampoco, que se hable de la detención preventiva y a continuación de una suspensión del proceso a prueba, porque sería un contrasentido. De la misma forma lo sería si se discutiera primero el peligro procesal y luego si la detención fue o no legal.

Resolver sobre discusiones que no se han ordenado en forma escalonada puede llevar a decidir sobre puntos en los que no ha habido contradictorio. Como ha sido desordenado el planteo, la contraparte solo llega a atacar una de las tres cuestiones planteadas.

La discusión escalonada favorece la labor de los intervinientes en una audiencia. Además, es lo que exige la ley procesal (Art. 233 CPP), al establecer que debe discutirse sobre la posible participación del imputado en un hecho punible y luego sobre la medida cautelar necesaria por el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación.

La discusión escalonada no sólo beneficia a los litigantes que pueden poner énfasis y ordenar su exposición en torno al tratamiento de un punto específico, sino también al juez. Este último tendrá más claro el planteo, puede ir tomando nota al respecto y sobre lo manifestado con relación a cada punto que luego deba resolver.

Por tal motivo, el juez tiene que estar muy atento a lo que está sucediendo en la audiencia, pues es el único encargado de dirigirla y controlarla y es su responsabilidad reconducir los planteos de las partes cuando éstas no los organizan.

Nótese que esta dinámica permite al juez ordenar su resolución, dado que también se exige normativamente que luego de individualizar al imputado se determine:

1. Los datos personales del imputado.
2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen (hechos y participación).
3. La fundamentación sobre los presupuestos que motivan la detención (supuestos procesales), conforme al artículo 236 del CPP.

Para facilitar esta tarea resulta conveniente que el juez tenga consigo alguna hoja de ruta que le permita seguir la discusión de modo esquemático. Puede verse un ejemplo en el acápite 7 de esta guía.

5.2 Estructura de la audiencia de medidas cautelares

Se inicia con la presencia de todas las partes necesarias en la sala y será el juez quien se presente y determine la asistencia de los litigantes en el lugar. Es importante señalar que si la sala cuenta con registro de audio, todo lo que allí se verbalice debe ser expuesto al micrófono para que pueda ser grabado.

A ese efecto, el juez pedirá a las partes que indiquen su nombre y si su actuación es por la acusación o la defensa. Del mismo modo, procederá cuando el imputado y/o la víctima estén presentes en la sala. Esto debe realizarse antes de ingresar a la audiencia, que algún auxiliar del órgano judicial haya constatado sus identidades.

Es importante que quienes están cara a cara en una audiencia sepan a quién se dirigen y que el público presente conozca a los litigantes. De allí que sea necesario que públicamente, en el propio acto, cada parte se identifique con su nombre y su función (en el caso de los abogados).

A continuación, el juez se dirigirá al imputado y/o a la víctima, si es que está presente, comprobando que comprenda el sentido y objetivo de la audiencia (Arts. 111 y 113 CPP).

En esta instancia les hará saber la información relativa a la audiencia: quién la ha solicitado o qué se ha designado conforme lo ordena la ley, que deben estar atentos a lo que allí se discuta porque de ello dependerá la decisión sobre la libertad o detención del imputado; que si así se resuelve, eso no quiere decir, necesariamente, que el proceso se ha terminado y que incluso si se dispone la libertad puede hacerse bajo ciertas condiciones, por lo que cualquier cosa que no se comprenda puede preguntar a su abogado.

El juez debe asegurarse que el imputado y/o la víctima allí presentes comprendan lo que acaba de decir. Si sucede lo contrario, ya sea por una cuestión idiomática o falta de capacidad para comprender, nada de lo que suceda en esa audiencia será válido. También tiene que asegurarse que todo lo que se está produciendo no contravenga garantías del imputado ni derechos de las víctimas.

Apertura de la audiencia

El juez se presenta, verifica la asistencia de las partes en la audiencia y les pide que se presenten

El juez informa que esa audiencia ha sido solicitada por determinada parte con el propósito que se dicte una medida cautelar/se ordene el cese de la medida cautelar/etc.

Luego de pedirle al imputado que se identifique, debe advertirle que esté atento a lo que va a decir en esa audiencia y que si tiene alguna duda le dará la palabra para que así lo manifieste.

Cumplido este requisito inicia la audiencia, de manera escalonada, en la que deberá discutir sobre: 1) el supuesto material, 2) el supuesto procesal (junto a la medida cautelar aplicable para conculcar el peligro alegado) y 3) la forma y tiempo de cumplimiento de la medida cautelar de acuerdo a la situación de la investigación penal.

5.2.1 Supuesto material (hecho, tipificación y participación)

Principios a tener en cuenta: principio acusatorio, imparcialidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, debido proceso, exclusión de la carga de la prueba al imputado.

La discusión sobre el supuesto material comprende tanto los hechos que se le atribuyen al imputado, como la calificación legal que pesa sobre los mismos.

Así, retomando lo expuesto a propósito de la garantía del hecho, el supuesto material será resultado de las respuestas que se den a las siguientes preguntas: ¿quién?, ¿cuándo?, ¿dónde?, ¿qué? y ¿cómo? Si esas interrogantes son respondidas, puede construirse un relato que no sólo incluye la descripción de un hecho, sino también cuál es la calificación legal que le corresponde y la participación que el imputado tuvo en él (Art. 236.2 CPP).

Una vez que se responde a ese primer grupo de preguntas, restará prestar atención a aspectos que pueden resumirse en los siguientes: ¿el hecho descrito existió?, ¿el imputado participó de él?, ¿ese hecho podría configurar un delito?, de ser así, ¿cuál?

En la actualidad, por lo general, las exposiciones no se estructuran de esta forma, descuidando lo que es la base angular de todo el proceso. La definición del hecho en estos términos no sólo marca el objeto procesal, sino que además (dependiendo de la calificación legal, por ejemplo), permitirá discutir el supuesto. Es decir, definir si corresponde o no el dictado de una medida cautelar y en su caso cuál.

La parte acusadora deberá relatar los hechos que le atribuye al imputado, por ejemplo: *tal día, a tal hora, en tal lugar, el imputado Juan González se puso frente a Luis Pérez, a una distancia de tres metros y, cuando Juan Pérez estaba recostado en el suelo, González mirándolo de frente y diciéndole “te voy a matar” disparó tres veces la pistola S&W 9 mm con numeración 1234 que tenía hacia el pecho de Luis Pérez. Dos de esos disparos impactaron en el abdomen de Pérez, acción que le provocó inmediatamente la muerte.*

Después de la descripción de ese hecho, la parte acusadora deberá señalar cuál es la calificación legal que corresponde. Imaginemos que en este caso sostiene que se trata de un homicidio calificado por alevosía (Art. 252.3 del Código Penal).

¿Qué corresponde que haga el juez? ¿Dejar que la fiscalía continúe argumentando sobre la procedencia de una medida cautelar debe dar la palabra a la contraparte?

Pues, esta última es la respuesta correcta, en tanto la contraparte (defensa), podría discutir el supuesto material y en caso de prosperar su posición, no corresponderá avanzar hacia el segundo nivel de discusión (supuesto procesal).

En el caso bajo análisis, esto se daría si la defensa planteara, por ejemplo: *que no configura delito de homicidio el matar a un muerto, porque el señor Luis Pérez ya estaba muerto al momento en que su defendido le disparó, sosteniendo esto porque surge de la autopsia que la causa de la muerte fue un golpe que recibió en la parte posterior de la cabeza cuando cayó al piso, tiempo antes que se produjeran los disparos.*

Luego, correspondería que el juez dé la palabra nuevamente a la fiscalía y en la medida en que la acusación no pueda brindar información que contradiga lo manifestado por la defensa, el juzgador deberá resolver por la atipicidad de la conducta. Esto será así siempre que la atipicidad sea manifiesta, como en el ejemplo dado, pero no cuando haya una probabilidad de materialidad, porque ese estándar habilita a continuar con el ejercicio de la acción penal y dirimirlo en la etapa del juicio oral mediante la rendición de pruebas.

En esta instancia, el único caso en el que el juez podría resolver por la atipicidad de la conducta será en el que con certeza pueda afirmar que el hecho no existió, que no configura un delito o que el imputado no participó en él (Art. 232.3 CPP).

Es importante resaltar que, para sustentar ese tipo de peticiones, y cualquiera que pueda hacerse en estas audiencias, las partes no necesitan producir prueba.

Los principios de contradicción, de lealtad y de buena fe hacen que los litigantes discutan con base en información que, obviamente, debe fundarse en evidencia. Las partes podrán tener consigo las evidencias en caso que el juez lo requiera, pero esto será algo excepcional pues en esta instancia no se requiere prueba.

La verosimilitud de esa información (su calidad), no viene de la mano de la “evidencia” sino del contradictorio que pueda darse entre las partes. ¿Puede una de las partes mentir, sosteniendo que tiene información que no posee?

Esta posibilidad existe, tal como puede darse en un sistema escrito donde una parte presente un documento apócrifo para tratar de acreditar algún hecho. En ambos casos la solución a una cuestión de esa naturaleza será la vía disciplinaria que corresponda.

En un sistema de audiencias, el control se produce de forma horizontal y por la actividad de la contraparte, quien es la principal interesada en evitar que se introduzca información de este tipo (de baja o nociva calidad), en el proceso penal.

Lo que se quiere remarcar es que, tanto en un sistema oral como en uno escrito, la posibilidad de malas prácticas profesionales es exactamente la misma. Y, en ese sentido, el sistema de audiencias no es ni más ni menos permisivo a la mala fe.

Sin embargo, la ventaja del sistema oral es que reduce las posibilidades de que un profesional se anime a mentir en una audiencia. No sólo deberá engañar a la parte contraria que estará atenta a marcar esa falta, sino también al juez ante quien va a tener que volver a litigar seguramente en un próximo caso y que se dará cuenta de su baja credibilidad.

La oralidad no hace menos formal al proceso y, en el sentido que se viene explicando, es mucho menos indulgente con el profesional que pretende engañar a un juez.

Para continuar con lo que se viene señalando, otro ejemplo en el que el juez no podrá avanzar al segundo supuesto de la audiencia (el procesal), se dará cuando las partes discutan sobre la legalidad de la aprehensión del imputado. En muchos de estos casos la resolución sobre la ilegalidad lleva por sí misma a la imposibilidad de continuar con la medida cautelar que se pretenda (conf. Art. 169.3 CPP). Las discusiones sobre la legalidad de la detención o aprehensión originaria deben darse en esta primera etapa de la audiencia.

Conforme lo descrito, en este primer momento pueden darse algunos de estos supuestos:

Estos supuestos incluyen la discusión sobre los siguientes puntos:

Fiscalía	Defensa
Relata el hecho (supuesto material – descripción fáctica).	Planteo de atipicidad manifiesta, inexistencia del hecho o los hechos no están claros.
Subsume el hecho en un supuesto típico (calificación legal).	El hecho se subsume en otro tipo penal (que amerita las medidas del Art. 240 del CPP).
Legalidad de la aprehensión (flagrancia).	Ilegalidad de la detención (no había flagrancia y no se contaba con orden).

- El hecho y su tipicidad legal.
- La calificación legal (que tendrá relevancia si el planteo defensivo lleva a un tipo penal al que sean aplicables las medidas del Art. 240 del CPP).
- La ilegalidad de la aprehensión.

De acuerdo al relevamiento del estudio, han sido pocas las audiencias en las que se observó alguna discusión de esta naturaleza. Los operadores explicaron que en muchos de los casos se realizan planteos sobre esta última cuestión como “acción directa”, pero lo cierto es que eso permite que la persona detenida continúe sufriendo una medida cautelar y además implica sacar de jurisdicción al propio juez del caso.

Es mucho lo que puede trabajarse en esta audiencia sobre la legalidad de la detención, donde uno de los temas bajo discusión es la libertad de una persona. Es así, debido a que al ser las mismas partes las que se encuentran discutiendo sobre los hechos del caso, resulta apropiado que los planteos sobre ello puedan darse en esa misma audiencia de medida cautelar.

Si lo que se discute es, por ejemplo, la posibilidad que la detención se haya dado en flagrancia, la información que se ventile versará sobre: la forma en la que fue aprehendido, por quién, dónde, cuándo y a qué hora habrían sucedido los hechos que se le atribuyeron, cuándo fue puesto a disposición de la fiscalía por parte de la policía, etc.

En el caso que la defensa haya efectuado alguno de los planteos tomados como ejemplo, el juez sólo podrá elegir una de las dos opciones:

- Resolver a favor del planteo de la defensa.
- Resolver en contra del planteo de la defensa.

De esta decisión dependerá la forma en que continúe la audiencia. Si opta por lo primero y ello implica, por ejemplo, resolver por la atipicidad de la conducta, en ese mismo momento deberá comunicar su resolución a las partes y dar por terminada la audiencia.

Si resuelve a favor de la defensa haciendo lugar al cambio de la calificación legal, y ello implica ir a un tipo penal que permite medidas diferentes, deberá dar a conocer su resolución en ese mismo momento. Necesariamente, esto hará variar la estrategia de la fiscalía pues posiblemente había llegado a esa audiencia a solicitar una detención preventiva con base en otra calificación legal.

Es posible que la defensa intente hacer esos planteos en forma escalonada, por ejemplo:

Defensa	Juez
Luego de escuchar a la Fiscalía sobre el hecho (supuesto material – descripción fáctica), refiere que no hay claridad en los hechos o una atipicidad manifiesta.	No da lugar al planteo.

Defensa	Juez
Luego de escuchar a la fiscalía subsumir el hecho en un supuesto típico (calificación legal), plantea la ilegalidad de la detención (no había flagrancia y no se contaba con orden).	No da lugar al planteo.
Plantea que el hecho se subsume en otro tipo penal (que amerita las medidas del Art. 240 del CPP).	No da lugar al planteo, o Sí da lugar al planteo (tal vez deba hacer un cuarto intermedio para darle tiempo a la fiscalía de revisar su posición).

Como se observa, el juez debe estar muy atento a los planteos de las partes. Salvo en el último de los casos, el contradictorio está satisfecho y no será necesario correr traslado de lo argumentado por la defensa a la fiscalía.

¿Qué sucede si el fiscal solicita la palabra? o ¿si comienza a negar lo afirmado por la defensa? Si la Fiscalía no aporta nada nuevo a lo dicho, el juez debe impedir que continúe con su exposición en tanto el contradictorio está satisfecho.

Este modo de proceder no sólo es conveniente porque corresponde en términos de **bilateralidad** y **contradictorio**, sino que en términos prácticos obliga a las partes a trabajar todas las cuestiones pertinentes en un primer momento y no “guardarse ases bajo la manga”.

Se trata de evitar un modo de trabajo bastante común en los abogados que conlleva a que las audiencias se demoren innecesariamente porque no presentan la información conveniente en el instante oportuno. Si tienen alguna información, deben ponerla en conocimiento en un primer momento y no especular, porque tal vez no vuelva a tener la palabra nuevamente.

Los principios de objetividad, lealtad y buena fe, no sólo obligan a la fiscalía a aportar a la defensa la información que podría dar lugar a un planteo defensivo (por ejemplo, aquella que permita concluir la ilegalidad de la detención), sino que obliga a ambas partes a ser diligentes y oportunas en el modo en que hacen los planteos.

Lo importante de este tipo de situaciones es que la resolución del juez (Art. 132.3 CPP), será justa si ha considerado la totalidad de las circunstancias en torno a la petición que ha sido presentada en la audiencia.

Si la fiscalía estuvo en uso de la palabra y tuvo su momento para la discusión, pero se le olvidó mencionar algo de fundamental relevancia, es posible que no vuelva a sucederle en la próxima audiencia que tenga en ese juzgado. Cada litigante tiene su momento para la

discusión y éstos no son eternos, por lo que el juez no puede permitir el uso de la palabra en forma constante y continua. De otro modo, las audiencias se eternizarían en función a que siempre habrá algo que la parte quiera agregar.

Recordemos la idea central de este protocolo: el juez debe asegurar la discusión entre las partes, determinar cuál es la controversia y exigirles que respalden sus alegatos con información concreta.

El juez es quien tiene el poder en la audiencia porque así lo reconocen las partes que concurren allí para que él tome una decisión acerca de un planteo. De esto se desprende, si quieren obtener una respuesta favorable a su posición, que deban darle toda la información necesaria para que tome una decisión.

La información debe ser de buena calidad para que el juez llegue a una convicción suficiente (Art. 233 del CPP). Esa información puede estar fundada en cualquier tipo de evidencia conforme la libertad y la valoración probatoria (Arts. 171 y 173 CPP). La convicción suficiente es un estándar que se ubica por debajo de la mitad de una línea, que imaginariamente coloca a la certeza negativa en un extremo y a la certeza positiva en otro. Convicción suficiente es convencimiento suficiente que un hecho existe.

Por último debemos considerar que el planteo tiene que ser resuelto en esa audiencia, de modo inmediato (Art. 132.3 CPP). Por lo tanto, lo que no se haya dicho no puede ser usado como fundamento para resolver.

Conforme a lo expuesto, sólo se llegará al segundo escalón de la audiencia que se refiere a los peligros procesales al satisfacer lo requerido en el anterior. Ello se dará siempre que el juez no haya dado lugar a los planteos de la defensa, con excepción de una calificación legal diferente. En ese caso, también podría pasarse a la segunda etapa de la litigación sobre el supuesto procesal.

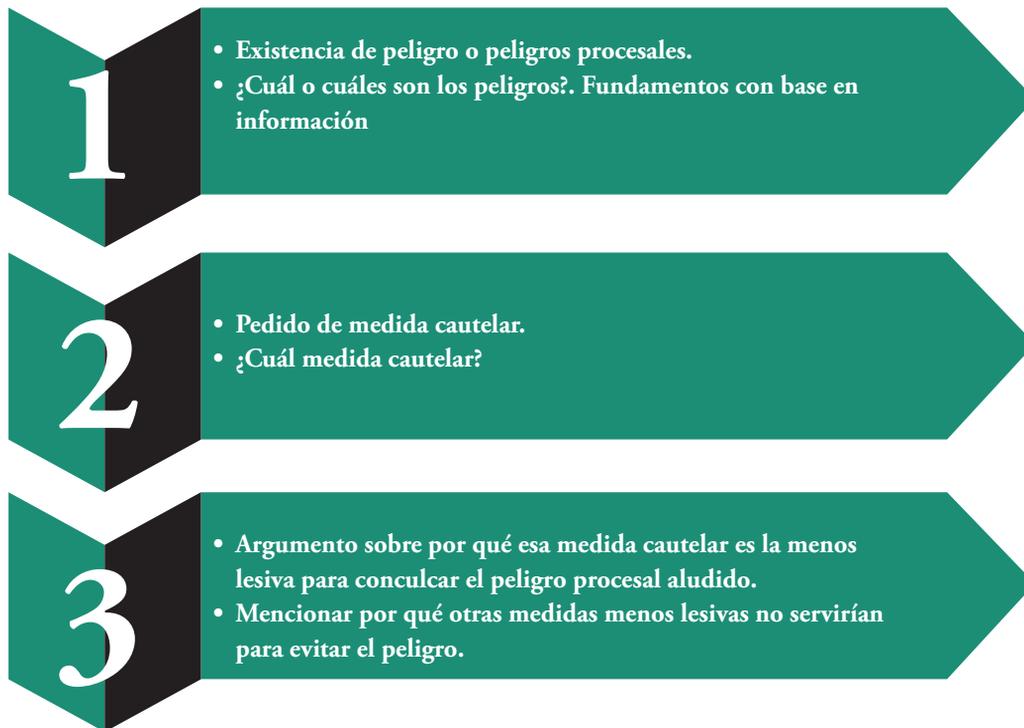
5.2.2 Supuesto procesal (peligros procesales)

Principios a tener en cuenta: Presunción de inocencia, imparcialidad, debido proceso, exclusión de la carga de la prueba al imputado, derecho de defensa, principio acusatorio, legalidad, excepcionalidad, provisionalidad, proporcionalidad

La idea general es que en esta etapa de la audiencia la parte acusadora debería explicitar cuál es el peligro procesal que concurre. Si es más de uno, deberá identificar cuáles son, de qué circunstancia de hecho pueden derivarse y, finalmente, hacer constar por qué la medida cautelar que solicita permitiría contrarrestar ese/os riesgo/s procesal/es.

Por las exigencias que se desprenden de la presunción de inocencia y el principio de excepcionalidad, se hace necesario valorar por qué en el caso bajo análisis las restantes medidas cautelares (que son menos lesivas) no serían suficientes para neutralizar ese peligro.

Como puede observarse, también se trata de una discusión escalonada:



Según el revelamiento que el CEJA ha realizado, se han dado discusiones donde los fiscales se refieren a la existencia de peligro de fuga pues el imputado carece de domicilio, y con base en esa afirmación solicitan la detención preventiva; la defensa le alcanza al juez una serie de documentos (contratos de alquiler, por ejemplo), intentado demostrar con ello que su asistido se domicilia en un lugar determinado y reconocible.

Este desempeño no genera las condiciones requeridas para la procedencia de una medida cautelar pues no ofrece al juez información de calidad para fundar su decisión.

En primer lugar, porque es carga de la parte acusadora acreditar el peligro procesal y éste no puede presumirse ni considerarse en abstracto. Esta cuestión es ordenada por el propio Código de Procedimiento Penal cuando en su artículo 73 señala que “los fiscales formularán sus requerimientos y resoluciones de manera fundamentada y específica. Procederán oralmente en las audiencias y en el juicio y, por escrito, en los demás casos.”

Por lo relevado en el informe del CEJA, esto no es lo que ocurre generalmente en las audiencias de medidas cautelares, a pesar de que es un mandato legal.

Lo que se pretende a través de esta guía es resaltar que lo conveniente es generar una dinámica como la propuesta y que no es suficiente con hacer referencia a un documento o extenderlo al juez para que resuelva en torno a lo que allí se dice.

Para que el juez pueda resolver, es necesario que se haya producido información en la cual fundamentar su resolución y que -a través de la contradicción- resulte de buena calidad. Además, la oralidad argumentativa exige que las partes debatan sobre tal información.

Como se adelantó, si las partes no lo hacen será tarea del juez incentivar ese accionar porque de otra forma no tendrá elementos para resolver de un modo justo y honesto.

Por lo expuesto y retomando los ejemplos que se trataban en el capítulo 3, a propósito de la normativa, la acusación tiene que ser quien lleve 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 conclusión que existe peligro de fuga. Es necesario que la acusación se explique sobre la cuestión de *tener domicilio* en ese caso concreto.

Pensemos lo que sucede, por ejemplo, cuando se afirma que una persona no tiene domicilio fijo porque no cuenta con los recursos para alquilar o no es propietario de una vivienda. Si en ese caso se pudo establecer que hace años vive en un mismo lugar, que va a comer todas las semanas a la casa de la familia vecina, que trabaja en el campo de lunes a viernes desde hace años, que se hace cargo de una persona a quien visita, o cualquier situación similar, el argumento de no tener arraigo en términos de domicilio parece debilitarse.

Otra cuestión problemática que se observó en las audiencias de las distintas ciudades es que muchos jueces exigen prueba, y por lo general que sea documentada, acerca de las circunstancias que configuran los peligros procesales más allá de lo que exige la ley. No obstante, el propio Código de Procedimiento Penal indica que deben formularse los requerimientos en forma fundamentada y esto implica argumentación con base en información (Art. 73 CPP).

Según las situaciones relevadas por el *Estudio Diagnóstico de la Detención Preventiva*, a los jueces no les alcanza con la información brindada sobre el trabajo del imputado y se solicitan contratos, recibos de sueldos y documentos legales, cuando es conocido que existen variedad de empleos informales en los que -justamente por su carácter de tales- no se documenta la relación laboral. Estas situaciones están muy lejos de ser un “requerimiento fundamentado”.

En similar sentido se observó la interpretación dada al requisito de “domicilio o residencia habitual” y a la exigencia de presentar contratos de arrendamiento o titularidad documen-

tada en escritura pública, cuando el domicilio debería implicar la residencia en un lugar y la simple voluntad de quien lo habita de permanecer allí, mas no el ser propietario o inquilino de un cierto inmueble.

Merece destacarse lo que fue una crítica de los defensores respecto a las personas en situación de calle, quienes al no contar con arraigo entendido en términos formales, corren el riesgo de ser revictimizadas por el Estado a través del sistema de justicia al negárseles la libertad durante el proceso por esa condición.

Lo que queremos retomar es la necesidad de analizar el contexto en concreto: que una persona viva en situación de calle no necesariamente implica en todos los casos un peligro de fuga. En primer lugar, porque no cuenta con los recursos para ausentarse del lugar. Luego, que no posea una vivienda no significa que no pueda ser ubicada o notificada cuando así sea necesario. La persona podría fijar domicilio en la Defensa Pública, en la casa de algún vecino que se comprometiese a recibir la citación, en una Iglesia o en un refugio donde duerma todas las noches, entre otras posibilidades.

La discusión escalonada que se propone, busca evitar que los jueces evalúen el caso en torno a prejuicios y lo hagan con la información de calidad brindada por las partes.

Esto no sucede cuando, en algún punto, los jueces y litigantes confunden cuestiones básicas. ¿Lo importante es el domicilio particular de una persona? ¿Si es más o menos amplio, ubicable o documentado? o ¿lo que exige la ley es que exista un peligro de fuga?

Pues si lo que importa es el “peligro de fuga”, habrá que dotar de sentido a esta cuestión para cada caso en particular y tener presente que el poseer o no un domicilio, una familia o un negocio, no dice nada por sí solo respecto a la intención de la persona de no someterse al proceso “buscando evadir la acción de la justicia” (Art. 234 CPP).

Muchas de las razones por las que ha aumentado la cantidad de personas detenidas preventivamente obedecen a la aplicación de criterios de interpretación restrictivos por parte de los jueces y a prácticas que refuerzan esas interpretaciones. A ello se suma una normativa contraria a los principios constitucionales y convencionales.

A la hora de resolver acerca de los peligros procesales, los jueces no deberían estar preocupados por la autenticidad de un contrato de arrendamiento o de trabajo, sino de justificar el por qué no ser inquilino o empleado formal torna a esa persona en quien va a poner en riesgo la investigación, huyendo del proceso judicial.

Esta configuración de las exigencias, que ha sido observada en las audiencias relevadas, debe ser modificada a través de las prácticas porque han sido los propios litigantes y jueces quienes las han instaurado.

¿Qué proponemos para ese cambio?

Un primer paso es que el juez tenga presente el carácter progresivo de la discusión y revise que la parte solicitante cuenta con información suficiente y concreta sobre cada uno de los aspectos:

- El supuesto material (hecho delictivo atribuido);
- El peligro o los peligros procesales;
- Los fundamentos del peligro;
- La medida cautelar solicitada; y
- Los fundamentos por los que esa medida cautelar es la menos lesiva que permite evitar el peligro procesal aludido.

Un segundo paso para revertir esa práctica es no cambiar de manos el peso de la prueba. Quien debe acreditar el peligro es siempre la parte solicitante.

Un tercer paso consiste en exigir que el fiscal explique por qué motivo la detención preventiva es la única medida de coerción que elimina el peligro que ha logrado acreditar. De lo contrario, si la acusación no es capaz de hacerlo, seguramente existe alguna otra forma de resguardar el proceso y la aplicación de la ley, por lo que es pertinente discutir alguna medida distinta. De acuerdo a los principios constitucionales y convencionales, la detención preventiva es la excepción y, por tanto, debe ser considerada en último término.

Resumiendo lo expuesto, lo esencial en este momento de la audiencia es que el juez tenga presente que las partes tienen que brindar información sobre los riesgos procesales y argu-

Fiscalía - Peligro de fuga	Defensa
<p>Carece de domicilio fijo:</p> <ul style="list-style-type: none">- Vive debajo de un puente ubicado entre las calles A y B.- No posee familia directa (esposa, hijos, ni parientes cercanos).- No posee trabajo.	<p>Efectivamente vive debajo de un puente, pero eso no quiere decir que vaya a fugarse, ni que no vaya a comparecer a las citaciones judiciales.</p> <p>Debajo de ese puente, el imputado ha construido con madera y latas una habitación, donde posee sus únicos bienes (un mueble, una cama y su vestimenta).</p> <p>Los vecinos de esa cuadra lo conocen porque hace cinco años que vive bajo ese mismo puente. Dicen que es un buen vecino.</p> <p>Los vecinos dicen que lo han contratado informalmente varias veces para hacer trabajos esporádicos: cortar el césped, pintar paredes, entre otras cosas.</p> <p>Almuerza y cena todos los días en el comedor popular de la Iglesia que está a una calle de distancia del puente.</p>

Fiscalía - Peligro de fuga	Defensa
<p>Podría ser declarado reincidente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Porque registra la causa anterior N° 201616912 y en el caso de recaer condena la misma debería ser (de tal duración/ características). 	<p>Efectivamente registra una condena anterior, pero no se advierte de qué modo ese extremo implica de por sí que exista riesgo de fuga; o</p> <p>La existencia de una causa anterior no impide que en este caso, si recayese una sentencia condenatoria, la misma deba ser de cumplimiento efectivo porque es posible la suspensión condicional de la pena.</p>

mentar sobre la base de la información que hace al caso. En el siguiente cuadro se observa una discusión estructurada en ese sentido:

El control de la audiencia realizado por el juez debe asegurar que las discusiones se hagan en forma escalonada, de otro modo la defensa se vería en la situación de afirmar que no existe supuesto material y no obstante tener que discutir sobre los peligros procesales; o que el peligro procesal no existe y al mismo tiempo solicitar una detención domiciliaria por ser menos gravosa que una detención preventiva en establecimiento carcelario. En ambos casos, la segunda opción de la defensa implica algún tipo de aceptación sobre el primer aspecto que está negando.

En relación a la tarea de la acusación, el control del juez sobre la discusión debe evitar que se den argumentos incompatibles, como ocurre cuando el fiscal sostiene que existe peligro de entorpecimiento de la investigación (porque amedrentará a testigos), y al mismo tiempo peligro de fuga (porque tiene los medios necesarios para huir del país), porque ambas situaciones son evidentemente contradictorias.

Cualquier decisión del juez, para estar debidamente fundamentada, debe haber sido tomada sobre la base de la discusión que se haya producido entre las partes, con argumentos sólidos fundamentados en la información concreta del caso y el esquema que, se propone, tiende a asegurar que esto suceda.

5.2.3 Extensión de la medida cautelar

Principios a tener en cuenta: presunción de inocencia, plazo razonable, proporcionalidad, provisionalidad, temporalidad.

Necesariamente, la parte acusadora deberá indicar por cuánto tiempo solicita la medida cautelar. Si no lo hace, será el juez quien interrogue acerca de esta situación para pronunciarse al respecto. Si bien no está expresamente legislada, lo cierto es que esa información permite evaluar la proporcionalidad de dicha medida.

Esta práctica tiene dos efectos: que la fiscalía se comprometa con la finalización de la investigación en un plazo dado, que no puede exceder los seis meses (Art. 134 del CPP) y, al mismo tiempo, que el juez pueda controlar los plazos de la detención preventiva. Más allá del máximo legal, los plazos informados por el fiscal deben ser coherentes con la duración del riesgo. Por ello, debe comprometerse a terminar la investigación en una fecha determinada. De esta manera, el juez puede evaluar la proporcionalidad y la provisionalidad de la medida cautelar con el objeto de cautela.

Aunque el tiempo de duración de la medida es la última instancia de discusión en la audiencia, no es por ello la de menor entidad. De hecho, en los casos en que el juez determina que debe aplicarse una medida cautelar, la defensa cuenta con una nueva posibilidad de lograr una moderación de la disposición, porque no se trata del tipo de medida cautelar aplicable, sino de cuánto tiempo es necesario asegurar el proceso penal.

De tal manera se abre la posibilidad de determinar un plazo para que la privación de la libertad de la persona finalice –no la investigación en sí– y se eviten dilaciones indebidas que prolonguen la afectación de los derechos de una persona inocente más allá de lo razonable y requerido, cumpliéndose al mismo tiempo con el principio de celeridad.

El juez debe dejar que los litigantes discutan sobre esta situación porque en términos generales la fiscalía va a intentar que ese plazo sea el más extenso posible, pero eso es pasible de ser medido en función de las necesidades concretas de cautela, por ejemplo de las evidencias que aún le falte recolectar.

En este esquema, si el juez ordena una detención preventiva, lo hace por un plazo determinado. Si ese plazo se cumple y la investigación no ha sido requerida, corresponderá realizar una nueva audiencia en la que vuelva a discutir la necesidad de continuar con la medida y el plazo por el que será dictada.

De igual modo, podrá realizarse una nueva audiencia a pedido de la defensa y por imperio del principio de provisionalidad, cuando haya desaparecido la situación que ameritó la imposición de la medida. Si la finalidad que dio lugar a ella desaparece, entonces la restricción impuesta se torna arbitraria.

Sin embargo, que la defensa tenga la posibilidad de solicitar la cesación de la medida por haber desaparecido el riesgo, no exime al fiscal de justificar su duración al momento de requerirla, ni al juez de fijar el tiempo por el cual se aplicará. Esto es así, en primer lugar, porque es la acusación la interesada en la imposición de la restricción y es sobre quien recae la carga de la prueba; sumado a ello, existe la necesidad de actuar con base en los principios de excepcionalidad, provisionalidad, temporalidad y a la presunción de inocencia que protegen al imputado de restricciones indebidas a sus derechos.

Si sostenemos que el carácter de la medida cautelar es provisional y además proporcional al objeto de tutela (así lo dispone el sistema procesal penal boliviano), la medida debe tener un plazo de duración cierto. No obstante, el juez siempre tiene que tener presente que las partes podrán en un futuro requerir una audiencia de revisión cuando el riesgo desaparezca o el plazo previsto haya transcurrido y sea necesaria su continuidad. Además, es importante el control de los plazos por parte del juez.

Está claro que la medida cautelar en muchos casos puede durar más allá del plazo de la investigación (hasta el juicio). Pero por ejemplo, si la medida originalmente está fundada en un peligro de entorpecimiento probatorio, será difícil que el juez autorice un plazo que exceda el plazo de duración de la investigación.

Se reitera que no se trata que el juez limite los plazos de investigación. Lo que exige es que se disponga una medida cautelar teniendo presentes los principios de inocencia, excepcionalidad, provisionalidad, y proporcionalidad.

Recapitulando, se propone que la estructura de la audiencia se dé de la siguiente forma:



Tal como fue desarrollado, en los tres momentos identificados para la discusión, la tarea del juez será fundamental para asegurar que se agoten todos los temas relevantes y que cuente con la información necesaria para tomar su decisión.

A large, stylized number '6' in a light olive green color, positioned on the right side of the page. It is composed of two thick, curved strokes that overlap to form the digit.

ENTORNO DE CONDICIONES PARA EL TRABAJO EFECTIVO DEL JUEZ

6. ENTORNO DE CONDICIONES PARA EL TRABAJO EFECTIVO DEL JUEZ

Más allá de la estructura de la audiencia de medidas cautelares, existe una serie de cuestiones que no tienen que ver con la propia tarea de los jueces, pero que permiten que su trabajo se desarrolle de manera eficaz y eficiente.

Esas condiciones están relacionadas con las labores previas a la realización de la audiencia, lo que sucede con los terceros mientras se desarrolla la misma y aquello que ocurre con posterioridad en relación a la resolución obtenida.

Lo que sigue a continuación son propuestas concretas para mejorar el entorno que rodea a la audiencia, partiendo de los problemas relevados en el *Estudio Diagnóstico*. Se tendrá en cuenta la propuesta del Código del Sistema Penal, que prevé que “la delegación de funciones jurisdiccionales en el personal de la Oficina Gestora de Audiencias hará inválidas las actuaciones realizadas y hará responsable directamente a la jueza o al juez por las consecuencias; y se pasarán las actuaciones al Comité de Supervisión a los efectos disciplinarios que correspondan” (Art. 345 Proyecto del CSP)”.

6.1 Situación previa a la realización de la audiencia

6.1.1 Conformación de la agenda

La realización de una audiencia requiere de arreglos sin los cuales no puede llevarse a cabo: una sala o espacio en el que los intervinientes puedan sentarse, sillas, escritorios o mesas en las que se puedan apoyar papeles, la presencia del fiscal, defensor, imputado, víctima, abogado de la víctima y juez; espacio para el público interesado, existencia de micrófonos que permitan a todos escucharse y un sistema de grabación (de audio y video o, al menos, de audio). Muchas veces no están aseguradas esas condiciones básicas y es una de las razones por las que el sistema de audiencias fracasa o se debilita.

El escenario ideal es contar con una Oficina de Gestión que centralice todo el trabajo previo a la realización de la audiencia, y que se encargue de la agenda, de modo que las partes y el juez tengan solo una audiencia programada para cada momento.

La Oficina de Gestión, como su nombre indica, es la que organiza todo lo necesario para que la audiencia se realice, desde el lugar y el mobiliario, pasando por la fecha, el horario, la presencia del juez y de las partes, hasta la decisión sobre la agenda. Por último, también se encarga del equipamiento tecnológico necesario para el registro.

Se sabe que esta estructura es ideal y que muchas veces no es posible contar con una oficina de este tipo. También que las condiciones mínimas para que la audiencia se desarrolle quedan, enteramente, a cargo del juez y del personal de cada juzgado. Aun en esos casos, es

posible que el esfuerzo que se procure tenga resultados similares que aquellos que se obtendrían con una Oficina de Gestión.

En lugares con mucha concentración de trabajo, es posible realizar un número considerable de audiencias por día. No se debe olvidar que se trata de la herramienta central para la toma de decisiones en un proceso oral y no debe ceder espacio ante la realización de otros actos que son resabio de los sistemas escritos.

En el manejo del tiempo, como una de las expresiones de la función de dirección de los jueces, se debe considerar si se quiere cumplir con la programación de la agenda. Si las partes pretenden dar un discurso académico, será innegable que el tiempo previamente destinado no será suficiente y es allí donde debe imponerse la función del juez como director.

Quien esté a cargo de una audiencia no está ahí para que le enseñen derecho, por lo que ninguna de las partes necesita “leerle” un tratado o el código. Lo que se precisa es contar, en detalle, cuál es el asunto por el que ahí se encuentra y cuáles son los motivos para resolver de forma favorable a su petición.

El juez no debería reiterar todo lo que se ha dicho, sino explicar sus fundamentos (los hechos y el derecho), el motivo por el que llega a determinada conclusión. Se cree que no será la mejor ni la más completa fundamentación de una resolución judicial sólo porque se repita lo que ya se escuchó o porque se lea el memorial presentado por alguna de las partes.

Por último, se debe considerar que el tiempo de las audiencias no sólo dependerá de la dirección, aunque esta labor sea el eje central. Será fundamental que las partes estén presentes en el horario y lugar predeterminado.

Si no se cuenta con una Oficina de Gestión, es posible generar una agenda razonable. Por ejemplo, si de las diez audiencias programadas para un determinado día, en cinco resulta participar una misma parte, se dispondrán de forma continua de modo que ese litigante no tenga tiempos muertos entre una y otra.

Para facilitar la tarea, quienes están a cargo de la agenda en los juzgados podrían desarrollar un listado de criterios para ordenar su fijación. Algunos podrían ser:

- Tener establecido el tiempo máximo para fijar una audiencia desde que se produce la petición.
- Ordenar las audiencias en un horario conforme 1) personas no privadas de la libertad y 2) personas privadas de libertad -asumiendo que los buses de traslado llegan más tarde- por lo que se puede comenzar con las primeras.

A mediano plazo podría analizarse la posibilidad de formalizar acuerdos interinstitucionales para trabajar sobre aquellas situaciones que generan que los imputados no sean trasladados a los juzgados en los horarios precisos (problemas en las notificaciones, corrupción, falta de recursos, deficiencias en la organización, etc.).

Además, para que la agenda funcione, los horarios tienen que ser inamovibles. De la misma manera que nadie llega tarde a tomar un avión, o es una excepción que alguien llegue tarde al inicio de una película al cine, nadie puede llegar tarde a una audiencia.

Una de las causas de la ausencia de las partes es la superposición de audiencias programadas, lo que no debería significar un problema para los jueces. Si la fijación depende de la Oficina de Gestión o del propio juzgado, es poco probable que no se advierta la superposición al momento de proyectar la agenda diaria.

La situación toma relevancia en relación a las partes, pero aún en este caso los problemas de superposición de audiencias para fiscales o defensores pueden ser resueltos, recurriendo a un reemplazo (caso de fiscales por el principio de unidad de actuación) o anoticiando a las partes con antelación para que les permita solicitar la reprogramación en otro horario o día.

Hasta que se instale la Oficina de Gestión, los encargados de generar la agenda, pueden implementar algún sistema que les permita tener conocimiento de la agenda de los demás juzgados. Con esto advertirían la posible superposición de audiencias y estarían en condiciones de tomar los recaudos necesarios.

Esto no sería un problema si se contara con una Oficina de Gestión, pero su ausencia tampoco debe acarrear inconvenientes puesto que, como se desarrolló líneas arriba, sería viable suplirla con un manejo diligente de la agenda y con partes que asuman un compromiso responsable.

El asumir ese compromiso con responsabilidad implicaría:

- Publicar con antelación y en un lugar visible para todos, el listado de audiencias para ese día/semana/mes.
- Enviar copia (en papel o correo electrónico, lo que resulte más cómodo) de ese listado a las partes y a los juzgados con los que podrían compartir el mismo espacio físico para la realización de la audiencia (sala, por ejemplo) o bien los mismos litigantes, de modo tal que se puedan evitar las superposiciones de agenda.

6.1.2 Contacto previo entre el detenido y la víctima

Otro de los temas que los juzgados deben considerar es evitar que los detenidos y las víctimas esperen juntos en la antesala de la audiencia. Este aspecto genera un clima de malestar para la víctima y la posibilidad de que el imputado (sobre quien aún no hay sentencia de culpabilidad) sufra algún tipo de agresión por parte de aquella, de quienes van a ver la audiencia o de los miembros de prensa que pudiesen estar presentes.

Si se trabaja con una Oficina de Gestión estos problemas pueden ser resueltos fácilmente. Si no existe esta dependencia, de todas formas pueden ser sorteados. Una de las opciones que se propone es citar a las partes en diferentes horarios (de 15 a 20 minutos de diferencia), para hacer un ingreso diferenciado.

Otra opción es hacer ingresar en una sala de espera a una de las partes, de modo que no se encuentren todos juntos en la antesala. Si para ello se carece de espacio en el juzgado, se puede generar un acuerdo con otros juzgados para que en ese momento no programen audiencias. Esto permitirá citar a una de las partes a un piso del edificio mientras la otra aguarda en un piso distinto.

Por ejemplo, imagínese que el juzgado que fija la audiencia es el N° 1 y está en el segundo piso del edificio, al mismo tiempo en que existe un juzgado N° 2 que está en el primer piso y en ese momento tiene la agenda libre. Los titulares de ambos juzgados se ponen de acuerdo a la hora de fijar sus agendas de modo tal que el juzgado que desarrolla la audiencia solo reciba en su antesala a los imputados, y que el personal del juzgado que realizará la audiencia, esté apostado en la sede del otro esperando a las presuntas víctimas a quienes acompañará a la sala para que pueda celebrarse el acto.

Desde luego sería ideal contar con una sala de audiencias y una celda en el edificio, donde alojar a los detenidos que luego serán llamados, con espacios de espera para las víctimas y el público interesado, con diferentes entradas entre otros aspectos. Pero hasta que esas modificaciones edilicias puedan ser realizadas, deben buscarse soluciones a corto plazo que permitan evitar los inconvenientes que día a día afectan a los operadores y a los usuarios del sistema de justicia.

6.1.3 Registro de la audiencia

Todo lo que sucede en la sala tiene que quedar registrado. No implica un gran costo, en términos pecuniarios, comprar tres micrófonos (uno para el juez y uno por cada parte: acusación y defensa), y una consola de grabación que permita registrar todo lo que acontezca. Esto permitirá que sea almacenado como registro de audio, permitiendo a las partes que así lo requieran, retirar una copia del audio de la audiencia, así como enviar otra a los jueces del apelativo en caso de ser necesario.

No se puede seguir dependiendo de los teléfonos de los pasantes o grabadoras particulares compradas por los empleados del juzgado para registrar lo que sucede en la audiencia. Esta práctica no solo quita espontaneidad (en tanto cada uno de los hablantes debe esperar a que llegue la persona que sostiene el elemento que graba), sino que además permite que se realicen planteos especulativos sobre si todo o parte ha sido registrado en audio y si alguna cuestión dicha no ha quedado grabada.

Por otro lado, se genera un alto ahorro en términos de tiempo y dinero si se evita transcribir todo lo hablado y se reemplaza por un CD o pen drive con el registro del audio. Recordemos que lo esencial es lo que se discute y no el papel que repite de forma completa lo que sucedió.

La resolución por escrito podría consignar: el día, la hora, el lugar y juzgado, el juez interviniente, la causa, la audiencia que se llevó a cabo y su motivo; la presencia de las partes cuyas solicitudes quedaron registrados en el audio y que sobre la base de los argumentos que allí quedaron asentados, se resolvió una determinada cuestión, transcribiendo en el acta sólo la resolución del juez y no todos sus argumentos porque en el audio quedó constancia de ello.

6.2 Condiciones necesarias durante la ejecución de la audiencia

6.2.1 Relación con los medios de comunicación

Se asume que una audiencia debe ser pública de acuerdo a lo establecido en la norma procesal (Art. 116 CPP). Sin embargo, de allí no se desprende que el juez deba realizarla rodeado de todos los medios de comunicación (gráficos, televisivos y de radio).

Se sabe que muchos procesos judiciales atraen la atención de la prensa y que ésta tiene intereses diferentes a los del Órgano Judicial. Esto amerita pensar en el modo de relación con la prensa con seriedad y establecer posibles vías de acción.

Esos intereses implican que así como al órgano de prensa puede interesarle cierta imagen o información vinculada con lo periodístico o lo económico, la mirada del juez tiene que estar puesta en la preservación de las partes en ese proceso. Esto va mucho más allá de las situaciones en las que se afecte el pudor o la vida privada de alguna de las partes o de otra persona citada; que corra riesgo la integridad física de los jueces, de alguna de las partes, o de la persona citada; que peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial previsto letalmente; o el imputado o la víctima sea menor de dieciocho años.

La propia audiencia de medidas cautelares implica tensión. Muchas veces, sumar la presión de estar siendo filmado hace que las partes y los profesionales abogados que actúan en ella no puedan desarrollar su función adecuadamente.

Por ello, la publicidad no implica el paso irrestricto de la prensa a las salas de audiencia por las siguientes razones: intimidación de la víctima e imputado, necesidad de tranquilidad para las partes y el juez, cuestiones de espacio en la sala o despacho donde se desarrolla, asuntos de ruido en el ambiente, entre otros factores.

Entonces, ¿cómo evitar que la prensa diga que el Órgano Judicial cercena sus derechos en los casos en los que la prohibición no está expresamente prevista por el CPP?

Puede lograrse una relación amable con la prensa en la medida en que su exclusión no sea arbitraria ni se impida la libertad de información y expresión. También será posible permitir el ingreso siempre que se resguarden los valores atinentes a la actividad judicial.

Entre estos mecanismos se puede mencionar:

- a. Que se designe al encargado de prensa del edificio o del juzgado para que sea el interlocutor válido con los distintos medios de prensa;
- b. Que en la sala de audiencias se prevea la posibilidad de instalar una sola cámara de filmación (neutral) y que luego sea el encargado de prensa quien la distribuya por igual a todos los medios interesados en esa copia;
- c. Que se prevea la elaboración de una gacetilla de prensa que dé cuenta -por ejemplo, en forma semanal- de las audiencias realizadas y las decisiones.

A mediano plazo, se pueden generar algunos mecanismos como:

- a. Contar con un vocero del Órgano Judicial que se encargue de trabajar con los medios de prensa sobre las implicancias de una medida cautelar: por ejemplo, que no se trata de una condena o que imponer una medida distinta a la detención, no es lo mismo que afirmar que una persona no es culpable. No aclarar este tipo de situaciones es lo que hace que la prensa mal informe a la población las decisiones intermedias que se toman en un proceso penal.
- b. Contar con un vocero del Órgano Judicial que se encargue de redactar un pequeño manual (puede ser un tríptico cómodo y plegable), para informar a las personas que concurren a los edificios donde se ubican los juzgados. Esto permitiría explicar la función de un juez (que resuelve conforme la petición que le hacen), que una medida cautelar no es una condena, que imponer una medida distinta no es lo mismo que afirmar que una persona no es culpable, entre otras tantas cuestiones centrales. El vocero será el encargado de repartir esos trípticos en el edificio del Órgano Judicial.

A largo plazo podría pensarse en foros comunitarios donde voceros judiciales expliquen a la sociedad cuál es la función de los jueces y que ellos actúan a requerimiento de las partes.

6.2.2 Manejo de las manifestaciones populares

Otra de las cuestiones relacionadas con el entorno mientras la audiencia se lleva a cabo, está dada por el ambiente en el que las partes y el juez deben desenvolverse. Ciertamente, no es posible hablar, comunicarse, ni mucho menos pensar en un lugar donde hay mucho ruido. En efecto, cualquier tipo de manifestación popular relacionada con una audiencia no puede llevarse a cabo ni en el recinto donde se está celebrando la misma, ni tampoco sería correcto que ocurra en el interior del edificio.

Con esto no se afirma que haya que acallarlas, sino que simplemente no es conveniente que compartan el mismo espacio que se usa para la celebración de la audiencia.

En ese sentido, el vocero de prensa o el encargado del edificio será quien deba estar informado de esos aspectos para que controle y organice adecuadamente, y eventualmente se restrinja el acceso a los integrantes de la manifestación al edificio donde se desempeña el Órgano Judicial.

6.3 Tareas posteriores a la realización de la audiencia

6.3.1 Seguimiento de las medidas diferentes a la detención preventiva

El relevamiento realizado por el CEJA refleja que la ausencia de mecanismos de control influye en la falta de imposición de medidas cautelares distintas a la detención preventiva.

En este sentido, en un mediano plazo, es posible pensar en el diseño y puesta en marcha de oficinas encargadas del seguimiento de las medidas impuestas. Más allá del descongestionamiento laboral para los juzgados, estas oficinas tendrían dos ventajas:

- Legitimación de la decisión jurisdiccional que imponga las medidas cautelares: existirá un encargado específico de controlarlas y esto traerá confiabilidad a los jueces y beneficios en términos de conceder esas medidas a más de imputados.
- Legitimación del sistema en su conjunto: la detención preventiva no será la única medida cautelar en la que los jueces piensen a la hora de resolver y no será percibida por la sociedad como la única respuesta posible del sistema durante la investigación de un delito.

6.3.2 Control de las detenciones preventivas

La Oficina Judicial o los juzgados (donde aún no se han instalado), deben llevar un registro que asegure el control de cuántos detenidos preventivos tienen a su cargo, así como también de los tiempos que esas personas llevan bajo la medida cautelar.

Esta situación no implica más que desarrollar una hoja de cálculos en la computadora o un listado en papel que permita conocer, por ejemplo, si alguno de los detenidos preventivos ha superado los plazos de la investigación preparatoria. Eso ameritará revisar esa detención preventiva mientras la Fiscalía ha excedido el plazo legal para finalizar la investigación y requerir su juicio.

También, en ese registro, deberían asentarse los motivos por los que fue dictada la detención preventiva, pues no es lo mismo que haya sido por el peligro de fuga (que podría persistir a lo largo de toda la investigación), o por el entorpecimiento de la investigación (si está próxima a terminar, es posible que ya no exista).

En el capítulo que sigue se encuentra un ejemplo de la planilla que aquí se propone.

A large, light-colored, stylized number '7' is positioned diagonally across the page, starting from the top right and extending towards the bottom left. It has a thick, rounded stroke and a flat top edge.

CONSEJOS PARA LA GESTIÓN Y DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS DE MEDIDA CAUTELAR

7. CONSEJOS PARA LA GESTIÓN Y DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS DE MEDIDA CAUTELAR

7.1 Planilla para el registro de detenidos

Se trata de un listado que sirve de registro al Órgano Judicial para conocer la cantidad de personas que tiene bajo su responsabilidad con detención preventiva y otras medidas cautelares. También permite controlar si los plazos que llevan detenidos resultan legales conforme el vencimiento de la investigación preliminar.

Sería conveniente armar una planilla de este tipo en un sistema informático, como las hojas de cálculo que, por ejemplo, permita detectar automáticamente el vencimiento. Aun si no se puede realizar de ese modo, puede llevarse en papel, resultando una herramienta útil que no requiere de mucho tiempo para su carga pues sólo exige que se consignen datos mínimos: número de causa, nombre y apellido del imputado, fecha de la audiencia, si se ordenó la detención preventiva, si se ordenó una medida distinta y cuál fue, la fecha de vencimiento de la investigación y cuál fue el peligro procesal valorado.

Completar una planilla como ésta puede insumir poco tiempo luego de la realización de la audiencia y permite a los jueces llevar un control de sus propios detenidos.

Causa	Nombre y apellido del imputado	Fecha de aprehensión	Fecha de audiencia	Detención preventiva	Otra medida	Vencimiento de investigación	Peligro procesal valorado

A esa planilla podrían agregársele otras columnas con información que también sería útil. Por ejemplo, si se ha requerido o celebrado una segunda audiencia; o el plazo que el fiscal planteó que necesitaba (porque esto dará un nuevo plazo que es preciso que el juez tome en cuenta para el control). Si el fiscal no requiere de ese plazo, entonces la detención preventiva no debería continuar.

7.2 ¿Cómo tomar notas en las audiencias?

Desde el momento en que el juez llega a la audiencia sin el expediente en sus manos (porque lo que importa es lo que se discute allí, en su presencia), es necesario que tenga una guía sobre las principales cuestiones que deberá considerar para su desarrollo.

Por eso, es útil contar con una hoja de ruta que le permita dirigir la audiencia y hacer las anotaciones necesarias. Esta no opera como reemplazo del registro que debe hacerse, pues solo es una herramienta que tiene el juez para tomar nota de aquello que las partes van diciendo y que resulta necesario para emitir su resolución.

Esa planilla ayuda a conducir la audiencia y resolver los planteos, pues permite:

1. Organizar la información

2. Ordenar la discusión por etapas

3. Resolver previo a verificar que se haya dado el contradictorio

Una planilla como la que se muestra a continuación (en la que se discute la imposición sobre una medida cautelar), permite tomar nota de la información relevante para resolver. Además, favorece controlar si la discusión se está dando de manera escalonada y si se está respetando el contradictorio. En ese sentido, no sólo facilita la resolución del caso sino también la dirección de la audiencia, es decir, las dos funciones sobre las cuales venimos trabajando y que este protocolo pretenden fortalecer.

Audiencia (N° IANUS).....

Imputado/a (s)

Abogado/a por la fiscalía.....

Abogado/a por la defensa.....

Víctima.....

Abogado/a por la víctima.....

I. MATERIALIDAD

Hecho imputado por la fiscalía/participación

.....

Calificación legal asignada por la fiscalía

.....

Defensa cuestiona/no cuestiona la aprehensión/legalidad.....

Defensa cuestiona/no cuestiona el hecho.....

Defensa cuestiona/no cuestiona la calificación legal.....

Defensa cuestiona/no cuestiona la participación.....

Posición de la defensa en el cuestionamiento

.....

Si cuestiona (RESOLVER)

II. PELIGROS PROCESALES

Fuga / ¿cuál? / ¿por qué?

Entorpecimiento/ ¿cuál? ¿Por qué?.....

Posición de la defensa

(¿Queda eliminado el peligro?)

Fiscal que pide medida cautelar/detención preventiva

Víctima que pide medida cautelar/detención preventiva

Defensa que pide medida cautelar.....

Posición de la fiscalía/víctima sobre la medida solicitada.....

(RESOLVER)

III. TIEMPO (VENCIMIENTO: .../...../.....)

Fiscal / defensa.....

(RESOLVER)

IV. Otros planteos efectuados en la audiencia

RESOLUCIÓN (vencimiento de la medida/detención preventiva...../...../.....)

7.3 ¿Cómo dirigirse a las partes y al imputado?

Por la influencia del sistema escrito-inquisitivo, la audiencia suele ser considerada como una cuestión formal y en tal sentido actúan los intervinientes. El problema es que muchas veces esa formalidad hace que no se comprenda lo que se dice ni lo que se hace en ella.

Es tarea propia del juez asegurarse que los presentes (fiscal, defensor, querellante, imputado, víctima, familiares, etc.) comprendan lo que sucede. Si advierte que una de las partes no habla el idioma español, pero sí alguno de los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, deberá convocar a intérpretes para que todos los que están presentes en esa audiencia comprendan lo que se dice. Esta precaución no será imprescindible en el caso del público presente, quien eventualmente, si no comprende el español, tomará las previsiones para que alguna persona le traduzca.

Luego, y una vez verificado que todos hablan el idioma y lo entienden, o no, pero se cuenta con los intérpretes necesarios, es tarea del juez dirigirse a las partes de un modo que éstas comprendan lo que sucede, utilizando un lenguaje sencillo.

Así, en lugar de preguntarle por el “nombre y apellido”, podrá preguntar a las partes “¿cómo se llama usted?”; en lugar de preguntar por el domicilio, podrá preguntar “¿en qué calle vive usted?”; en lugar de preguntar por la “ocupación”, podrá preguntar “¿En qué trabaja usted?”, entre algunos ejemplos que pueden sugerirse.

La idea es que el juez se dirija a las partes usando expresiones sencillas, que sean comprensibles y de fácil entendimiento para cualquier persona. Dirigirse de esta manera no hará menos formal la audiencia. Por el contrario, la hará accesible y este es el resultado al que los jueces deben aspirar. Tendrá además un efecto positivo en la ciudadanía pues permitirá comprender las decisiones judiciales y les dará legitimidad.

Los abogados y jueces en general presuponen que las personas conocen los conceptos de “detención preventiva”, “peligro procesal”, “medida cautelar” o, simplemente, no reparan en ello. En ocasiones existen comprensiones erróneas sobre tales conceptos y las audiencias públicas son un buen momento para despejarlas. Por tales motivos, es necesario que en todos los casos sea el juez quien se tome unos minutos para explicar al imputado su resolución y asegurarse que ha entendido sus alcances e implicancias.

Esto no quiere decir que el juez entable una “discusión” con el imputado sobre lo resuelto, sino que se asegure que conozca qué fue lo que sucedió. En ese sentido, debe encontrar el modo de explicar con palabras comprensibles y haciendo uso de un lenguaje cotidiano, la resolución que está tomando.

¿Cómo explicar la detención preventiva a un imputado? Pues, más allá que por los medios de comunicación las personas comunes comprenden que es la “detención preventiva”, lo cierto es que muchas veces ese conocimiento generalizado no es correcto. Debe recordarse en este punto que muchas personas confunden el estar en la cárcel con la imposición de una pena definitiva.

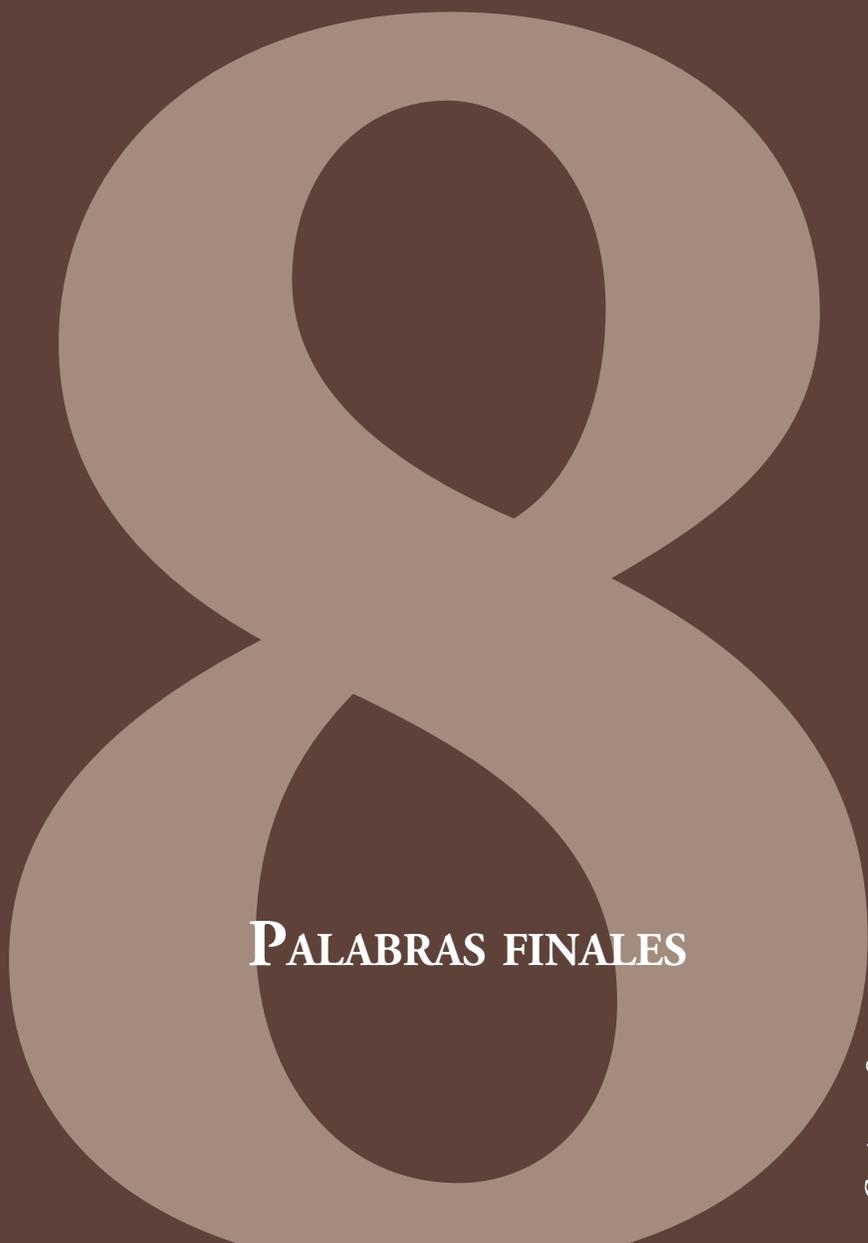
Entonces, es necesario que el juez le explique, por ejemplo, del siguiente modo: *“Señor Juan Pérez, como acaba de escuchar, he decidido que usted permanezca en la detención por el plazo de 3 meses, mientras dure la investigación. Esto no quiere decir que usted ha sido encontrado culpable, sino que al existir riesgo que se fugue (se le indica cuál es el supuesto), es que tomé esta resolución. El fiscal pidió esta medida por el plazo de 3 meses en el establecimiento penitenciario de San Sebastián en Cochabamba. Si desaparecen esas condiciones en el transcurso de ese tiempo o durante el mismo, usted va a tener otra audiencia como ésta en la que el fiscal y su defensor van a volver a discutir sobre esto”*.

Deberá proceder de igual forma en los casos de medidas diferentes, como por ejemplo en la detención domiciliaria: *“Señor Juan Pérez, como acaba de escuchar, he decidido que permanezca en su domicilio, por el plazo de 3 meses, mientras dure la investigación. Esto no quiere decir que usted ha sido encontrado culpable, sino que al existir riesgo que se fugue (se le indica cuál es el supuesto), es que tomé esta resolución que se llama “detención domiciliaria”. El fiscal pidió esta medida por el plazo de 3 meses. Si desaparecen esas condiciones en el transcurso de ese tiempo o durante el mismo, usted va a tener otra audiencia como ésta en la que el fiscal y su defensor van a volver a discutir sobre esto. Tiene que quedarle claro qué es lo que implica estar en detención domiciliaria: usted no puede dejar su domicilio sin mi permiso o el permiso de otro juez. Si tiene que ir al médico o tiene alguna urgencia, le tiene que decir a su defensor para que él pida el permiso en el juzgado. Preste atención a esto porque si usted deja el domicilio sin permiso, entonces el fiscal seguramente va a pedir que vaya a la prisión y yo voy a tener que resolver sobre esa petición. Es posible mandar a una persona a la detención, aun cuando no haya tenido el juicio todavía si hay algún riesgo que se fugue. ¿Me he dejado entender? Si tiene alguna duda me pregunta o habla con su defensor”*.

Por último, en relación a los casos de fianza juratoria podríamos imaginar que un juez se dirija de la siguiente forma: *“Señor Juan Pérez, como acaba de escuchar, he decidido que permanezca en libertad mientras dure la investigación. Esto no quiere decir que la investigación se termina, sino que Usted puede continuar en libertad hasta el juicio. Puede ser que no haya juicio y, si es así, seguramente su defensor se lo va a hacer saber. Puede ser también que antes del juicio, usted sea citado por la fiscalía, por este juzgado o algún otro, o por la defensa. Si no concurre a esa citación, seguramente el fiscal va a pedir que usted vaya a la prisión mientras se sigue investigando. Por eso es importante que si cambia de domicilio, el que quedó registrado, o si sale de su casa por un tiempo prolongado (más de 48 horas, por ejemplo), avise a este juzgado. Cada vez que se lo cite, tiene que concurrir o explicar por qué no puede asistir. Imaginemos que se encuentra con un problema de salud que le impide moverse. En ese caso, usted debe ponerse en contacto, inmediatamente, con*

su defensor si le llega una citación y usted no puede ir al lugar de donde lo llaman. ¿Me he dejado entender? Cualquier duda me pregunta o le consulta a su defensor”.

El juez procederá de la misma forma con todas las medidas distintas a la detención preventiva, explicando su alcance y contenido de forma que sea comprensible para el imputado y para los presentes. Deberá asegurarse especialmente que éste comprenda a qué ha quedado obligado y de qué forma continuará la investigación.



PALABRAS FINALES

8. PALABRAS FINALES

Se ha desarrollado una propuesta de método de trabajo aplicable por los jueces de instrucción.

Se ha partido de una problemática puntual: el alto porcentaje de personas que se encuentran privadas de libertad sin condena, identificando brevemente las causas que concurren a la manifestación de este fenómeno complejo.

Sin desconocer las implicancias de los aspectos normativos, institucionales y externos, el protocolo se focalizó en las prácticas que se ponen en juego al momento del dictado de una medida cautelar, detectando qué aspectos de la dinámica actual de estas audiencias son equívocos en cuanto a los resultados que acarrearán y de qué manera es posible modificarlos.

El enfoque de esa dinámica se ha suscrito al sistema legal actual, por ser la realidad presente al momento de la realización del protocolo. Sin embargo, de su análisis completo es posible advertir que aunque las recomendaciones desarrolladas han sido adaptadas al ordenamiento vigente, nada obsta a su aplicación ante una eventual modificación del sistema penal boliviano.

Esto es así, en primer lugar, porque las propuestas se encuadran -además del CPP- en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Pero también, y lo más importante, porque se trata de formas de realizar las tareas que rara vez están reguladas en los códigos con tanto detalle, pues constituyen buenas prácticas que surgen de la aplicación de los principios rectores de las medidas cautelares, favoreciendo su plena vigencia en el marco de una lógica de trabajo fundada en la oralidad.

Para los jueces se abre ahora el desafío de continuar trabajando a los fines de fortalecer su desempeño en las audiencias, entendidas como herramientas para la toma de decisiones de calidad. Deberán estar constantemente atentos a no reproducir viejas formas de trabajo, ni readaptar las nuevas a la modalidad aprendida en los sistemas escritos.

A pesar del transcurso de los años de la reforma procesal penal de 1999 a la actualidad, el sistema adversarial y oral que se intentó implementar está lejos de haberse consolidado. Como nos señala Binder (2012), esto sucede porque toda reforma es una puesta en marcha en la que se produce una puja constante entre nuevas y viejas prácticas del sistema anterior que se resisten a ser desplazadas. El desafío que asumimos es que una vez identificadas tales prácticas, podamos crear los escenarios y herramientas necesarias para lograr su adopción por parte de los actores del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- Armenta Deu, T. (2008). *Estudios sobre el Proceso Penal*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Baigun, D. (2005). *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto
- Baytelman, A. Duce, Mauricio. (2004). *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Bergman, P. (1989). *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- Binder, A. (2012). *La Implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial*. Buenos Aires: Ediciones Ad-Hoc.
- Binder, A. (2005). *Legalidad y Oportunidad*. En *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.
- Binder, A. (2014). *Elogio a la Audiencia Oral y otros Ensayos*. Nuevo León: Coordinación Editorial.
- Bovino, A. (2005). *Juicio y verdad en el procedimiento penal*. En *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.
- Cafferata Nores, J. *La reforma procesal en América Latina*. Publicado en http://www.dplf.org/sites/default/files/reformas_1st_publication.pdf
- Carrió, G. (1995). *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (pendiente de publicación). *Las audiencias de medidas cautelares en Bolivia. Estudio sobre la aplicación de la detención preventiva*.
- Christie, N. (1992). *Los conflictos como pertenencia*. En *De los Delitos y de las Víctimas*. Buenos Aires: Ediciones Ad-Hoc.
- Clariá, J. (2009). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado: Análisis Comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Delmas-Marty, M. (2000). *Procesos Penales de Europa. Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia*. Zaragoza: Edijus.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Fundación Construir (2016). *Informe Final del Estudio. Observación de Audiencias Cautelares*. Bolivia.
- Guzmán, N. (2006). *La Verdad en el Proceso Penal. Una Contribución a la Epistemología Jurídica*. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.
- Hendler, E. (1996). *Derecho Procesal y Procesal Penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Ediciones Ad-Hoc.
- Highton, E. et.al. (1998). *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Buenos Aires: Ediciones Ad-Hoc.
- Langer, M. (2011). *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de Ideas Legales desde la Periferia*. En *Revista de Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Lorenzo, L. (2014). *Manual de Litigación*. Buenos Aires: Didot.
- Lorenzo, L. y Mac Lean, E. (2009). *Manual de Litigación penal en audiencias de la etapa preparatoria*. En http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/17112013/dp-manual_litigacion_penal.pdf
- Maier, J. (2005) *¿Inquisición o Composición?* En *Bertolino, Pedro y Bruzzone Gustavo. Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- Maier, J. (2000). *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Ad-Hoc.
- Maier, J. (2011). *Derecho Procesal Penal. Parte General. Actos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.
- Maier, J. (1996). *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.
- Moreno, L. (2013). *Teoría del Caso*. Buenos Aires: Didot.
- Muñoz, O. (2008). *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis.

- Riquert, M. (2006). *El Proceso de Flagrancia. Oralidad, Simplificación y Garantías*. Buenos Aires: Ediar.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.
- Rua, G. (2015). *Examen Directo de Testigos*. Buenos Aires: Didot.
- Rua, G. (2014). *Contraexamen de testigos*. Buenos Aires: Didot.
- Rusconi, M. (2013). *El Sistema Penal desde las Garantías Constitucionales*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2012). *Proceso y Decisión. Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons.
- Vargas, J.E. (2004). *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Presentación en *Baytelman, Andrés y Duce J., Mauricio*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Vargas, J.E. (2002). *Problemas de los Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos como Alternativa de Política Pública en el Sector Judicial*. En *Sistemas Judiciales. Una perspectiva Integral sobre la Administración de Justicia*. Buenos Aires: INECIP.
- Vitale, G. (2004). *Suspensión del Proceso Penal a Prueba*. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.
- Volk, K. *El Principio de la Oralidad en el Proceso Penal*. Publicado en www.juridicas.unam.mx
- Watzlawick, P. Beavin y J. Jackson, D. (1989). *Teoría de la Comunicación Humana*. Barcelona: Herder.
- Zaffaroni, E, Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar

INFORMES Y SENTENCIAS

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Organización de los Estados Americanos (OEA). *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*. Doc. 46/13, aprobado el 30 de diciembre de 2013.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana. Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Párr. 106.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe N° 84/10. Caso 12.703 Fondo, Raúl José Díaz Peña*. Venezuela, 13 de julio de 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe N° 86/09. Caso 12.553 Fondo, José Jorge y Dante Peirano Basso*. Uruguay, 06 de agosto de 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554*. Francisco Uson Ramírez, 25 de julio de 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe N° 84/10. Caso 12.073 Fondo, Raúl José Díaz Peña*. Venezuela, 13 de julio de 2010.

Informe N° 49/99. Caso 11.610. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz. México, 13 de abril de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso Instituto de Reeducción del Menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Ramírez, Fermín contra Guatemala*. 20 de junio de 2005

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia*. Sentencia del 24 de septiembre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*. Sentencia del 29 de mayo de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

ENLACES DE INTERÉS

<http://www.tcpbolivia.bo/tcp/>

Sitio del Tribunal Constitucional Plurinacional

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pais.asp>

Sitio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informes por países.

<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

Sitio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe sobre el estado de la Prisión preventiva en América

<http://www.cejamericas.org/areas-de-trabajo/reforma-a-la-justicia-penal/prision-preventiva>

Sitio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Prisión preventiva

<http://www.jusneuquen.gov.ar/images2/Biblioteca/OFIJUProtocoloAGENDAAUDIENCIAS.pdf>

Protocolo de Gestión de Audiencias.

<http://www.jusneuquen.gov.ar/images2/Biblioteca/OFIJUProtocoloAGENDAAUDIENCIAS.pdf>

Neuquén, Argentina: Protocolo Agenda de Audiencias

ANEXOS

1. Sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Necesidad de resolver en audiencia y con celeridad

SCP 0904/2016-S3:

“...transcurrieron casi tres meses desde la solicitud de cesación a la detención preventiva hasta la presentación de la presente acción de libertad sin que dicha solicitud haya sido considerada, siendo además suspendidas las señaladas audiencias por decisión del servidor público judicial, debió ser tramitada con la celeridad que exige la jurisprudencia constitucional cuando se encuentra involucrada el derecho a la libertad...”.

Principio del “Ama qhilla” y la celeridad

SCP 1149/2015-S1 de 6 de noviembre:

“En ese sentido, el principio del “ama qhilla” -no seas flojo-, que tiene aplicación directa en las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, debe también compenetrarse con los principios de la administración de justicia y de la jurisdicción ordinaria, siendo de ineludible cumplimiento por las autoridades jurisdiccionales en el desempeño de sus funciones, de las cuales depende la concretización de los derechos fundamentales de los justiciables; evitando toda actitud dilatoria revestida por componentes de holgazanería, pereza, desidia, desgano, etc.; comportamientos que no conciben con los principios postulados por la Constitución Política del Estado y la adecuada administración de justicia a la que aspira.

Siguiendo este razonamiento, la SCP 1861/2012 de 12 de octubre, ha establecido que: “... Constituyendo el “ama qhilla” en consecuencia, un principio ético-moral ancestral, cuya aplicación resulta ineludible en tiempos en los que se pretende, es descolonizar la justicia, propendiendo a eliminar toda práctica jurídica tardía, formalista y por ende, colonial, requiriendo de los servidores públicos y principalmente de los administradores de justicia, un proceder diligente, acucioso, responsable, sin desgano alguno y con la máxima finalidad de brindar a la sociedad en su conjunto, una justicia pronta, en la que no se restrinjan los derechos fundamentales de las personas que la integran, recuperando de esa manera, su credibilidad, que perdió precisamente por actitudes negligentes y dilatorias atribuibles a sus jueces; y que debe respetarse aún más en situaciones en las que se encuentre de por medio el derecho a la libertad; por cuanto, la persona procesada está protegida constitucionalmente y por Convenios y Tratados Internacionales, en su derecho de ser juzgado a través de una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones de ningún tipo”.

Ahora bien, en virtud a las características específicas del derecho a la libertad física, corresponde recordar que, con relación al “ama qhilla” vinculado a la celeridad procesal de los trámites en los cuales éste derecho se halle involucrado, la SC 0224/2004-R de 16 de febrero, entre otras, con base en la jurisprudencia desarrollada, indicó que: “...toda autoridad que conozca de una solicitud en la que se encuentre involucrado el derecho a la libertad física, tiene el deber de tramitarla con la mayor celeridad posible, o cuando menos dentro de los plazos razonables, pues de no hacerlo podría provocar una restricción indebida del citado derecho, lo que no significa, que siempre tendrá que otorgar o dar curso a la solicitud en forma positiva, pues esto dependerá de las circunstancias y las pruebas que se aporten en cada caso, dado que se reitera la lesión del derecho a la libertad física, está en la demora o dilación indebida de una solicitud de tal naturaleza, vale decir, que si la solicitud es negada de acuerdo a una compulsa conforme a Ley no es ilegal siempre que esa negativa se la resuelva con la celeridad que exige la solicitud” (las negrillas son añadidas).

Bajo este razonamiento, se tiene que las solicitudes que se vinculen con el derecho a la libertad, deben tramitarse oportunamente y con la debida celeridad. De lo contrario, podría provocarse una restricción indebida de este derecho, cuando exista una demora o dilación injustificada en su tramitación y consideración, dando lugar a que la restricción de la libertad se prolongue o mantenga más de lo debido; caso en el que se abre la protección que brinda la presente acción tutelar ante la ausencia de celeridad en efectivizarse el beneficio otorgado. Sin embargo, debe dejarse claramente establecido que este razonamiento es aplicable únicamente a los casos en los que la dilación indebida no ha sido originada en actos u omisiones ocasionados por el beneficiario”.

Carácter instrumental de la medida cautelar

SC 0012/2006-R de 4 de enero:

“Así, como quedó precisado, las medidas cautelares tiene un carácter instrumental y están dirigidas a lograr la eficacia de la coerción penal estatal, al intentar asegurar con su aplicación: 1) la averiguación de la verdad, 2) el desarrollo del proceso penal, y 3) el cumplimiento de la ley (ejecución de la sentencia); todo ello bajo la idea de que sin su adopción, la labor de defensa social del Estado, expresada en la persecución penal, no sería de modo alguno eficaz; diferenciándose así, plausiblemente, de otras legislaciones que le asignan además de aquellos, fines de prevención general y especial”.

Requisitos de la detención preventiva (materialidad y peligro procesal)

SCP 1805/2014 de 19 de septiembre:

“...la necesidad de que el Tribunal de alzada al momento de resolver la detención preventiva del imputado y/o procesado, considere indefectiblemente los presupuestos del *fumus boni*

iuris, que amerite el ejercicio estatal del *iuspuniendi* sobre la comisión de un ilícito atribuible a una persona, bajo “La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que (...) es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible” (Art. 233.1 del CPP); y también, el *periculum in mora*, que importa el riesgo de dilación en la tramitación del proceso e ineficacia de la resolución en la que concluya, por resultar evidente ‘La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad’ (Art. 233.2 del CPP)”.

Motivación de las resoluciones

SCP 0450/2012 de 29 de junio, ratificando lo señalado en la SC 0863/2007-R de 12 de diciembre, entre otras:

“...la garantía del debido proceso, comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió”.

Principio de inocencia y peligros procesales

SCP 0056/2014 de 3 de enero:

“El Código de Procedimiento Penal, en su Art. 221, establece la finalidad y alcance de las medidas cautelares, y señala: “La libertad personal y los demás derechos y garantías de reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código, sólo podrán ser restringidos cuando sean indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley. Las normas que autorizan medidas restrictivas de derechos, se aplicaran e interpretaran de conformidad con el artículo 7 de este Código. Esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundamentada, según lo reglamenta este Código, y solo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación. No se podrá restringir la libertad del imputado para garantizar el resarcimiento del daño civil, el pago de costas y multas”.

Según la norma citada, las medidas cautelares se constituyen en medidas provisionales restrictivas de la libertad y de aseguramiento del imputado para que responda a las emergencias y consecuencias del proceso.

El Art. 7 del CPP, indica: “La aplicación de medidas cautelares establecidas en este Código será excepcional. Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste”.

Según la norma antes mencionada, las medidas cautelares deben ser aplicadas de manera excepcional, restringiendo la libertad personal, cuando racionalmente no exista ninguna medida para garantizar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la Ley.

Clemente Espinoza Carballo, en el Código de Procedimiento Penal Anotaciones, Comentarios y Concordancias, Cuarta Edición, Gestión 2012, Editorial el País de Santa Cruz, en su página 46 señala: “Las medidas cautelares en general, bien podrían denominarse medidas provisionales restrictivas y de aseguramiento del imputado, ya que tienden a prevenir la consecución de un determinado fin o precaver lo que pudiera dificultarlo”.

El mismo autor en el Código citado, en su página 276 y 277 señala: “Las notas características de las medidas cautelares o de aseguramiento, son: la excepcionalidad, instrumentalidad, proporcionalidad, provisionalidad, temporalidad y variabilidad (...) La instrumentalidad es la nota característica común a todas las medidas cautelares en general, por cuanto éstas no son autónomas y no tienen existencia propia por sí mismas. Su existencia está condicionada a un nexo que las liga al proceso principal, al cual están destinadas, garantizando la efectividad de su resultado. La proporcionalidad, que implica una limitación en cuanto a su adopción, y están condicionadas a cumplir el fin pretendido; vale decir, para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la Ley, Art. 221.

La provisionalidad, que implica su limitación temporal; verbigracia, en los casos de imponerse la medida cautelar de detención preventiva, ésta no puede durar más del mínimo legal previsto para el delito objeto de investigación; dieciocho meses sin que se haya dictado acusación contra el imputado, o treinta y seis meses, sin sentencia, Art. 239. La variabilidad y temporalidad, que implica que pueden suspenderse (cesarse) o modificarse en cualquier tiempo, aún de oficio, Art. 250, y deben ser adecuadas a los fines pretendidos en su adopción”.

Juan Carlos Ríos Villanueva, en su libro “Medidas Cautelares en el Proceso Penal”, Segunda edición 2010, Editorial Alexander, en su página 16, refiriéndose a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares señaló: ‘La aplicación de una medida cautelar en el proceso penal desde una perspectiva doctrinal, tiende en última instancia a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria, toda vez que el proceso penal viene dada por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo

normas de procedimiento, por lo que tiene una duración temporal; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin, verbi gratia, hará desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etc.

En ese sentido, a partir de la normativa procesal, las medidas cautelares constituyen instrumentos de tipo procesal que buscan asegurar que el imputado no evada la acción de la justicia (Medidas cautelares personales), así como garantizar la reparación del daño causado con la comisión del hecho delictivo (Medidas cautelares reales) o, aquel remedio arbitrario por el derecho para conjurar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo. Ahora bien, esas medidas se denominan cautelares, porque tienden a evitar los peligros de obstaculización del proceso *'periculum in mora'* por una parte y buscan asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena, esta afirmación encuentra su sustento doctrinal en el hecho de que, -establece la doctrina- si luego de pronunciada una sentencia condenatoria en juicio, el imputado pudiera sustraerse al cumplimiento de dicha condena, la justicia se vería burlada y la sociedad perdería confianza en la justicia como aconteció en el viejo sistema penal de la legislación boliviana.

El citado autor, también se refirió a las clases de medidas cautelares y señala lo siguiente: “Atendiendo los principios doctrinales sobre la materia, el Código de Procedimiento Penal, identifica claramente las medidas cautelares de carácter personal, las medidas cautelares de carácter real y las medidas cautelares sobre bienes sujetos a confiscación o decomiso, diferenciándose las mismas en función a los fines que persiguen; las primeras tienen como finalidad asegurar la presencia del imputado en el juicio y evitar así mismo que este obstaculice la averiguación de la verdad”.

El mismo autor citado, página 98 a 99, refiriéndose a la detención preventiva, como medida cautelar de carácter personal señala: ‘...la medida cautelar de detención preventiva no se contraponen conforme se tiene dicho, a este principio constitucional del juicio previo, en la medida en que la misma, no se la considera pena anticipada, sino un simple instrumento que garantiza la presencia del imputado en el juicio. Es por ello que la imposición de medidas cautelares debe producirse únicamente por la necesidad -verificada en cada caso- de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad. (...) De todo ello se concluye que la aplicación de medidas cautelares y fundamentalmente la detención preventiva, no constituye contradicción ni es incompatible con el principio de presunción de inocencia, al no tratarse de pena anticipada, sino tan sólo constituir instrumento procesal que garantiza los fines del proceso asegurando la presencia efectiva del imputado durante el juicio. (...) Respecto a los presupuestos exigidos para su aplicación, están regulados de manera taxativa y reglada en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, estableciendo dos presupuestos concretos que son concurrentes.’” 1.1. La existencia de elementos

de convicción suficientes para sostener que el imputado es con probabilidad autor o partícipe de un hecho punible (...) 2.2. La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad (...) para la aplicación de esta medida cautelar, deben concurrir necesariamente los dos presupuestos establecidos precedentemente; sin embargo, debe quedar claro que el segundo presupuesto contiene tres alternativas referidas al peligro de fuga, peligro de obstaculización y al peligro de reincidencia este último incorporado por la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana. En tal sentido, es procedente la detención preventiva cuando concurre en un caso concreto el primer presupuesto señalado en el inc. 1 y además necesariamente cualquiera de las tres alternativas previstas en el inc. 2), conforme establece el Art. 233 concordante con los Arts. 234, 235 y 235 bis del Código de Procedimiento Penal”.

Conforme a las normas procesales penales y doctrina precedentemente citados, las medidas cautelares son medidas judiciales provisionales restrictivas y de aseguramiento tendientes a asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso, la aplicación de la ley y efectivo cumplimiento de la sentencia. Son también, medidas provisionales restrictivas de la libertad y de aseguramiento del imputado para que responda a las emergencias y consecuencias del proceso.

Las medidas cautelares, según la norma y doctrina citadas, tienen la finalidad de asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso, la aplicación de la ley y el efectivo cumplimiento de una sentencia.

Las medidas cautelares son de dos tipos, una de carácter personal y otra de carácter real. Las medidas cautelares de carácter personal tienen como finalidad asegurar la presencia del imputado en el juicio y evitar que obstaculice la averiguación de la verdad. Así, entre las medidas cautelares de carácter personal, tenemos a la más importante y grave: la medida cautelar de detención preventiva. Ésta tiene la finalidad de asegurar la presencia del imputado en el juicio y la averiguación de la verdad de los hechos.

Según la normativa procesal citada y la doctrina siempre citados en este Fundamento Jurídico, procede la detención preventiva a pedido fundamentado del Fiscal o de la víctima cuando concurren simultáneamente los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del Art. 233 del CPP; es decir, la existencia de elementos de convicción suficiente para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible; y, la existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.

Además, con el objeto de acreditar el segundo elemento o requisito, se debe analizar y relacionar el peligro de fuga, establecido en el Art. 234 del CPP, peligro de obstaculización previsto en el Art. 235 del citado Código y peligro de reincidencia previsto en el Art. 235 bis del cuerpo normativo antes referido. En ese contexto, el peligro de fuga, conforme al Art. 234 del

CPP, expone las circunstancias que se deben tener en cuenta para su calificación, incluyendo entre ellas las normas ahora demandadas y cuya inconstitucionalidad corresponde analizar”.

Los peligros procesales deben probarse

SCP 0795/2014 del 25 de abril:

“III.3.2. La prohibición de fundar la detención preventiva en meras suposiciones. Si bien el Art. 233.1 del CPP, exige la acreditación de que: “...el imputado es, con probabilidad autor y partícipe de un hecho punible”, dicha norma debe ser interpretada y comprendida desde y conforme 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 de 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 el resultado de la mera imaginación del juzgador ni de la parte acusadora.

Entonces, la detención preventiva debe ser el resultado de una debida fundamentación de las resoluciones que la disponen en ese sentido, lo cual impide que la autoridad jurisdiccional funde su determinación en meras conjeturas o presunciones. En ese sentido, la simple suposición debe ser entendida como la creencia de un probable acontecimiento de ciertos hechos o conductas, sin estar completamente seguro de ello; es decir, aquella idea que surge directamente de la imaginación del sujeto sin estar debidamente comprobado.

Por lo tanto, la resolución judicial destinada a aplicar medidas cautelares de carácter personal, de ninguna manera debe estar sustentada en simples o meras posibilidades, sino que, debe ser una decisión producto de la seguridad y certeza que adquirió la autoridad judicial luego de haber efectuado la compulsión de los antecedentes del caso y la valoración integral de los elementos de juicio que fueron llevados a su consideración, para definir la situación jurídica del imputado.

Pues bien, en el marco de las consideraciones referidas precedentemente, es menester establecer las condiciones de fundamentación relativa a los riesgos procesales de fuga, de obstaculización y reincidencia. En ese sentido, los presupuestos referidos al peligro de fuga, establecidos en el Art. 234 del CPP, indefectiblemente deben ser demostrados con elementos de juicio que generen seguridad y certidumbre en el juez; asimismo, los postulados del peligro de obstaculización, contemplados en el Art. 235 del Código antes citado, también se exige que sean acreditados con elementos de convicción que generen convicción en el juzgador; y, finalmente, el peligro de reincidencia que debe ser demostrado con el cumplimiento de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

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 definir si existe o no algún peligro procesal; por consiguiente, lo que no está permitido es, que al momento de asumir la decisión respecto a la situación jurídica del imputado, el juez conjeture sobre la base de las 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”.

Inconstitucionalidad del Art. 234.5 (actitud respecto del daño causado)

SCP 0056/2014 del 3 de enero:

“Analizando la norma citada, se extrae, que ella induce aludiendo a la voluntad -utilizar el término voluntariamente-, a que la persona imputada tenga necesariamente que asumir una actitud por adelantado respecto a un supuesto daño causado por la presunta comisión del delito imputado, sin que previamente se haya determinado su culpabilidad en sentencia condenatoria y ejecutoriada y así asumir su culpabilidad y responsabilidad sin juicio previo y antes de haberse emitido una sentencia condenatoria ejecutoriada donde se demuestre su culpabilidad; entonces, para demostrar que no incurrirá en el riesgo procesal de fuga, el imputado necesariamente tendría que asumir una actitud respecto a un daño que supuestamente se hubiera ocasionado por la comisión de un supuesto delito aún no determinado en sentencia condenatoria y ejecutoriada.

En el Fundamento Jurídico III.4 de esta Sentencia Constitucional, se estableció que las medidas cautelares, y en particular la detención preventiva, son medidas provisionales que tienen la finalidad de asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso, la aplicación de la ley y el efectivo cumplimiento de una sentencia.

En esa perspectiva, también se determinó que, procede la detención preventiva a pedido fundamentado del fiscal o de la víctima cuando concurren simultáneamente los requisitos establecidos del Art. 233.1 y 2 del CPP; es decir, la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible; y, la existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad. Además, a fin de acreditar el segundo elemento o requisito, estos deben estar relacionados con el peligro de

fuga establecido en el Art. 234, peligro de obstaculización previsto en el Art. 235 y peligro de reincidencia previsto en el Art. 235 bis, todos del CPP.

Entonces teniendo presente, que las medidas cautelares, -en particular la de detención preventiva-, son medidas provisionales que tienen la finalidad de asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso, la aplicación de la ley y el efectivo cumplimiento de una sentencia, éstas no pueden inducir a que un imputado asuma alguna actitud respecto a un supuesto daño que aún no fue comprobado en sentencia condenatoria y debidamente ejecutoriada, en su caso, dicha “actitud”, podría hacer presumir que el imputado es autor del delito que se va juzgando antes de determinarse su culpabilidad en sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada.

Al respecto cabe mencionar, que la presunción de inocencia, conforme fue determinado en el Fundamento Jurídico III.3.1 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, el derecho a la presunción de inocencia se encuentra garantizada en el Art. 116.I de la CPE y en virtud a ella, conforme también se estableció en el Fundamento Jurídico III.3 de este mismo fallo, una persona imputada por la presunta comisión de un delito, debe ser considerada inocente y tratada como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada.

El derecho a la presunción de inocencia, no solo se encuentra garantizada por nuestra norma fundamental, sino también por las normas internacionales, como ser, la Declaración Universal de los derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que en su Art. 11.1 señala: ‘Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa’; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que en su Art. 14.2 indica: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”; la Convención Americana sobre derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 22 de noviembre de 1969, que en su Art. 8.2 señala: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”.

En consecuencia, estando garantizado el derecho a la presunción de inocencia por nuestra norma fundamental y las normas internacionales, el supuesto establecido en el Art. 234.5 del CPP, al inducir a una persona imputada asumir alguna actitud respecto a un supuesto daño causado por la presunta comisión de un delito, sin que previamente se haya determinado en sentencia condenatoria y ejecutoriada su culpabilidad, vulnera el derecho a la presunción de inocencia garantizada en el Art. 116.I de la CPE; por ello siendo contrario al derecho mencionado, corresponde expulsar del ordenamiento jurídico en el Art. 234.5 del CPP, por ser contrario a la norma constitucional señalada”.

Inconstitucionalidad del Art. 234.9 (pertenecer a asociación delictiva u organización criminal)

SCP 0056/2014 de 3 de enero:

“Respecto al Art. 234.9 del CPP, alega la accionante que, el Fiscal de Materia manifestó que como imputada, actuó conjuntamente con Luis Orlando Aliaga Herbas, Noel Arturo Vaca López y otros, para cometer delitos en contra de la persona de Sergio Guillermo Maldonado Arancibia, Gerente representante de la empresa DICSA Bolivia S.A.; manifiesta, que con esto el fiscal afirma que pertenece a una asociación delictuosa, violando nuevamente la garantía jurisdiccional de presunción de inocencia.

El Art. 234.9 del citado Código, establece como un supuesto para ser considerado y valorado para la determinación de la existencia del riesgo procesal de fuga “El pertenecer a asociaciones delictivas u organizaciones criminales”.

Las asociaciones delictivas se encuentran configuradas en el Código Penal como delito en el Art. 132, que señala: “(Asociación delictuosa). El que formare parte de una asociación de cuatro o más personas, destinadas a cometer delitos, será sancionado con reclusión de seis (6) meses a dos (2) años o prestación de trabajo de un (1) mes a un (1) año. Igual pena se aplicará a los que formaren parte de bandas juveniles con objeto de provocar desórdenes, ultrajes, injurias o cualquier otro delito”.

De igual forma las organizaciones criminales se encuentran también configuradas como delito en el Art. 132 bis del CP, que señala: “(Organización criminal). El que formare parte de una asociación de tres o más personas organizadas de manera permanente, bajo reglas de disciplina o control, destinada a cometer los siguientes delitos: genocidio, destrucción o deterioro de bienes del Estado y la riqueza nacional, sustracción de un menor o incapaz, tráfico de migrantes, privación de libertad, trata de seres humanos vejaciones y torturas, secuestro, legitimación de ganancias ilícitas, fabricación o tráfico ilícito de sustancias controladas, delitos ambientales previstos en leyes especiales, o se aprovechara de estructuras comerciales o delitos contra la propiedad de negocios, para cometer tales delitos, será sancionado con reclusión de uno (1) a tres (3) años. La pena se aumentará en un tercio cuando la organización utilice a menores de edad o incapaces para cometer delitos a que se refiere este artículo, y cuando el miembro de la organización sea un funcionario público encargado de prevenir, investigar o juzgar la comisión de delitos”.

Como se observa, las asociaciones delictivas y organizaciones criminales, se encuentran configurados como delitos en el Código Penal como tal, al ser hechos delictivos estos requieren ser comprobados y determinados en sentencia condenatoria ejecutoriada.

La norma establecida en el Art. 234.9 del CPP, como una causal del riesgo procesal del peligro de fuga, siendo una medida provisional que tiene la finalidad de asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso, la aplicación de la ley y el efectivo cumplimiento de una sentencia, establece una afirmación, cual es la de pertenecer a asociaciones delictivas u organizaciones criminales; esta afirmación se la hace a priori sin haber sido demostrado y comprobado en sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, como si ella fuera una sentencia.

La Sentencia condenatoria y debidamente ejecutoriada, es la única que puede determinar si una persona imputada, es autor(a) de un delito, en caso de los delitos de asociación delictuosa y organización criminal o el pertenecer a ellas y no así una causal de medida cautelar como es la norma en análisis. En consecuencia, al ser las asociaciones delictivas y las organizaciones criminales delitos establecidos en el Código Penal, que tienen que ser establecidos en sentencia, no pueden concurrir como causales del riesgo procesal del peligro de fuga que es una medida provisional emitida en la etapa investigativa, contraviniendo el derecho a la presunción de inocencia establecido en el Art. 116.I de la CPE; correspondiendo por ello, declarar la inconstitucionalidad de la norma en análisis por ser vulneratorio al derecho a la presunción de inocencia establecido en el Art. 116.I de la CPE y expulsarla del ordenamiento jurídico del Art. 234 del CPP.”

Constitucionalidad del Art. 234.10 (reincidencia)

SCP 0056/2014 de 3 de enero:

“El Art. 234.10 del CPP, establece como un supuesto para ser considerado y valorado para la determinación de la existencia del riesgo procesal de fuga “Peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante...” La norma citada, cuestionada de inconstitucional, hace referencia a lo que se conoce como peligrosidad criminal, que se sustenta en la idea a priori de que el imputado puede ser un peligro para la sociedad o para la víctima y el denunciante; por lo que encuentra sustento como supuesto vinculado al riesgo procesal de fuga, en la intención de evitar un riesgo mayor para la sociedad, para la víctima o denunciante.

La peligrosidad es, según Manuel Cobo del Rosal y Tomas Vives Antón en el libro Derecho Penal Parte General, página 991: “...una situación o status de la persona que ha de ser formulada judicialmente. Así pues se trata de un juicio, y más precisamente, de un juicio de futuro, en la medida que supone la afirmación de una probabilidad de delinquir. En ese sentido, la peligrosidad no es más que un pronóstico. Y a la emisión de ese pronóstico se le enlazan unas determinadas consecuencias jurídicas (medidas de seguridad)”.

Los mismos autores exponen que en el caso español, para limitar la discrecionalidad judicial, las normas penales determinan requisitos para establecer la peligrosidad, siendo la primera pauta que se haya cometido un hecho tipificado como delito, por lo que la peligrosidad sólo se acepta de modo pos delictual.

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 los Fundamentos Jurídicos III.3 de esta Sentencia Constitucional, 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 peligro 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 sindicamos como culpable del ilícito concreto que se juzga, ni provoca que en la tramitación del proceso sea culpable del presunto delito cometido. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia como se mencionó anteriormente, se la comete cuando en la tramitación del proceso se trata como culpable de un delito sin que se haya establecido su culpabilidad en sentencia condenatoria ejecutoriada; en consecuencia, la norma cuestionada no es contraria al derecho de presunción de inocencia establecido en el Art. 116.I de la CPE, por ello corresponde declarar la constitucionalidad de la misma y mantenerla dentro del ordenamiento jurídico del Art. 234 del CPP”.

2. La Interpretación a la luz de los Organismos Internacionales

2.1 Sobre la interpretación de la CADH

La Comisión IDH (CIDH) ha reiterado a que la Convención Americana debe interpretarse de forma tal que sus disposiciones tengan un efecto útil, es decir, que cumplan efectivamente el fin de protección para el cual fueron instituidas (Corte IDH Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia. Sentencia del 24/09/1999 Serie C Nro. 54 párr. 37, entre otros)

2.2 Sobre el principio de inocencia

“...se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva...” Corte IDH, “Suárez Rosero vs. Ecuador”, sentencia del 12/11/1997. Serie C No. 35, § 77.

2.3 Sobre la legalidad

“nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, ni tampoco “privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)”. Corte IDH, “Suárez Rosero vs. Ecuador”, sentencia de 12/11/1997. Serie C No. 35, § 77.

2.4 Sobre la necesidad de motivar

“...de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.”. Corte IDH. Caso Chapparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Párr. 128.

2.5 Sobre la excepcionalidad

“...la libertad es siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción...la Corte ha precisado las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana: a) Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines

preventivos –generales o preventivo– especiales atribuibles a la pena (CIDH, “Suárez Rose-ro vs. Ecuador”, fondo, p. 77”); b) Debe fundarse en elementos probatorios suficientes... c) Está sujeta a revisión periódica... Sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia...”. (Corte IDH, “*Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*”, sentencia del 29/05/2014, párr. 110).

“La regla general es que el imputado debe afrontar el proceso penal en libertad. Lo que supone que la prisión preventiva sea utilizada realmente como una medida excepcional.” (CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554, Francisco Uson Ramírez, 25/07/2008, párr. 168.).

“...la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática...” (CorteIDH, “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, sentencia de 2/9/2004, Serie C, N° 112, § 228; “Tibi vs. Ecuador”, sentencia de 7/9/2004, Serie C, N° 114, § 106; “Acosta Calderón vs. Ecuador”, sentencia de 24/6/2005, Serie C, N° 129, § 74; “Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia de 23/11/2005, Serie C, N° 135, § 197; “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, sentencia de 25/11/2005, Serie C, N° 137, § 106).

“... no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. (Corte IDH, Caso Servellón García y otros. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152. Párr. 111);

“... que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; que sean necesarias, 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. Por esta razón, el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional”. (Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Párr. 197; Corte I.D.H., Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C N° 137. Párr. 106).

“...Las medidas cautelares se establecen en tanto sean indispensables para los objetivos propuestos. La prisión preventiva no es una excepción a esta regla. Como consecuencia del

principio de excepcionalidad, sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se puede demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan...” (CIDH, Informe 35/07, “Jorge, JOSÉ y Dante PEIRANO BASSO vs. Uruguay” punto 100).

2.6 Parámetros sobre los riesgos

“... (a) el tipo de delito y la severidad de la pena pueden ser tomadas en cuenta como algunos de los elementos al momento de evaluar el riesgo de fuga (no el único, como ya se ha visto), pero no como justificación de la prolongación excesiva de la prisión preventiva, toda vez que la privación de la libertad durante el proceso sólo puede tener fines cautelares y no retributivos; (b) en ningún caso se puede disponer la no liberación del acusado durante el proceso sobre la base de conceptos tales como alarma social, repercusión social o peligrosidad y (c) los límites legales a la concesión de la libertad durante el proceso o la imposición legal de la prisión preventiva no pueden ser considerados condiciones iuris et de iure que no necesiten ser probados en el caso concreto y que sea suficiente su mera alegación.” (CIDH, Informe Nro. 86/09, caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 06/08/2009, §§ 89, 140, 141 y 144).

“... la aplicación de una presunción del riesgo de fuga sin una consideración individualizada de las circunstancias específicas del caso es una forma de detención arbitraria, aun cuando tal presunción estuviera establecida en el ley. (CIDH. Informe Nro. 84/10, caso 12.073, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13/07/2010, §§ 150, 152, 153 y 172).

2.7 Sobre el principio de proporcionalidad

“...la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria...” (Corte IDH “López Álvarez vs. Honduras”, sentencia de 1/2/2006, Serie C, n° 141, §§ 67 y 68).

“... nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”.(Corte IDH, Caso Gangaram Panday vs. Surinam, Sentencia del 21 de enero de 1994, considerandos 45-47; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, considerando 215).

“... que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales”. (Corte I.D.H., Caso “Instituto de Reeducción del Menor”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Párr. 228).

“el Estado puede perfectamente adoptar otro tipo de medidas cautelares para asegurar la comparecencia del inculpado, que no signifiquen mayor restricción de su libertad personal. Más aún, la Comisión estima que la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención” (Informe 12/96, la CIDH).

Por otra parte, los capítulos 4, 5 y 6 son centrales en tanto se refieren al rol del juez y al modo en el que debe trabajar para hacer su tarea más eficiente y más eficaz.

Finalmente, en el capítulo 7 se proponen una serie de consejos generales sobre cuestiones que pueden tener mucha incidencia en la materia (medios de comunicación, estadísticas, etc.), y que resultan de vital importancia.

